



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung

Gächter, Thomas ; Meier, Michael E

Abstract: Der Beitrag gibt einen Überblick über die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit Observationen und setzt sich kritisch mit der geplanten Revision des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG) auseinander. Anhand ausgewählter Beispiele wird aufgezeigt, dass hinsichtlich der Zulässigkeit und der Verwertbarkeit von Observationen im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Privatrecht erhebliche Inkonsistenzen bestehen.

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-145527>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Meier, Michael E (2017). Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung. Jusletter:online.

Thomas Gächter / Michael E. Meier

Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung

Der Beitrag gibt einen Überblick über die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit Observationen und setzt sich kritisch mit der geplanten Revision des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG) auseinander. Anhand ausgewählter Beispiele wird aufgezeigt, dass hinsichtlich der Zulässigkeit und der Verwertbarkeit von Observationen im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Privatrecht erhebliche Inkonsistenzen bestehen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht; Staats- und Beamtenhaftungsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Gächter / Michael E. Meier, Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, in: Jusletter 11. Dezember 2017

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage: Observation als aktuelles Thema in der Rechtsprechung und Gesetzgebung im Jahr 2017
- II. Observationen im öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialversicherungsrecht
 - A. Der Fall Vukota-Bojić
 - B. E-Art. 43a ATSG
 - 1. Verworrene Entstehungsgeschichte
 - 2. Anforderungen an den Observationsgrund – der Anfangsverdacht
 - 3. Zulässiger Ort der Observation – der Versicherer darf (neu) am meisten
 - a) Ausweitung der Observationskompetenz über die Strafverfolgung hinaus
 - b) Allgemein frei einsehbarer Ort – ein unbestimmbarer Rechtsbegriff
 - 4. Zulässige (technische) Mittel für die Observation
 - 5. Anordnungscompetenz: Sachbearbeiter, Geschäftsleitung oder Richter?
 - 6. Zwischenfazit: Von allem ein bisschen – und nichts richtig!
 - C. Sonderfall: Pensionskassen
- III. Observationen im Privatrecht
 - A. Art. 28 ZGB als Schutznorm der Persönlichkeit
 - B. Persönlichkeitsverletzungen durch Observation in allen Sphären möglich
 - C. Rechtfertigungsgründe
 - 1. Gesetzliche Grundlage
 - 2. Exkurs: Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Privatversicherer? – Urteil 1B_75/2017 vom 16. August 2017 (zur Publikation vorgesehen)
 - 3. Einwilligung und Interessenabwägung
 - 4. Absolute Grenzen der Observation im Privatrecht?
 - a) Tatsachen des Geheimbereichs
 - b) Strafrecht als absolute Grenze der Interessenabwägung?
- IV. Verwertung rechtswidrig erlangter Observationsergebnisse
 - A. Bedeutung von Beweisverwertungsverböten
 - B. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel im Privatrecht
 - C. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel im Strafrecht
 - 1. Höhere Hürden als im Zivilrecht
 - 2. Grosszügige Praxis des Bundesgerichts
 - D. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel im Sozialversicherungsrecht
 - 1. Interessenabwägung: Ein Allheilmittel?
 - 2. Ausnahme wird zur Regel erhoben!
- V. Schluss

I. Ausgangslage: Observation als aktuelles Thema in der Rechtsprechung und Gesetzgebung im Jahr 2017

[Rz 1] Unter Observation versteht man die systematische und verdeckte Beobachtung einer Person während einer gewissen Dauer.¹ Ihr Zweck besteht darin, die Unwissenheit der Zielperson über ihre Beobachtung auszunützen, um systematisch Informationen zu sammeln, welche die

¹ REGINA AEBI-MÜLLER/ANDREAS EICKER/MICHAEL VERDE, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter 3. Mai 2010, Rz. 3; LUZIUS EUGSTER/ANNEGRET KATZENSTEIN, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 196–457 StPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 1 zu Art. 282 StPO.

Zielperson bei einer Befragung allenfalls nicht preisgegeben hätte.² Observationen werden in der Strafverfolgung zur Überführung tatverdächtiger Personen und im Sozial- und Privatversicherungsrecht zur Anspruchsprüfung und Missbrauchsbekämpfung eingesetzt.

[Rz 2] Im Jahr 2017 ergingen im Sozial- und Privatversicherungsrecht verschiedene wichtige Urteile des Bundesgerichts, welche die Weichen für die Zulässigkeit von Observationen und die Verwertbarkeit von deren Resultaten neu gestellt haben. Zudem arbeitet der Bundesgesetzgeber mit Hochdruck an einer neuen gesetzlichen Regelung der Observation im Sozialversicherungsrecht. Das Jahr 2017 dürfte rückblickend dereinst als eigentliches «Schlüsseljahr» für die Observation gelten.

[Rz 3] Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit Observationen und unterzieht die geplante Revision des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) einer kritischen Würdigung. Anhand ausgewählter Beispiele wird zudem aufgezeigt, dass hinsichtlich der Zulässigkeit und der Verwertbarkeit von Observationen im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Privatrecht unterschiedliche Massstäbe gelten, was zu erheblichen Inkonsistenzen führt.

II. Observationen im öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialversicherungsrecht

A. Der Fall Vukota-Bojić

[Rz 4] Den Stein ins Rollen gebracht hat im Oktober 2016 die Verurteilung der Schweiz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Laut diesem Entscheid fehlt es im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, im konkreten Fall im Unfallversicherungsrecht, an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für Observationen.³ Die observierende Unfallversicherung verletzte deshalb die Privatsphäre (Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, EMRK; SR 0.101) der versicherten Person. Der EGMR widersprach damit dem Bundesgericht, das bis zu diesem Zeitpunkt Observationen gestützt auf Art. 43 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 ATSG als rechtmässig beurteilt hatte.⁴ Der Entscheid stiess bei Sozialversicherern und in der Lehre auf grosse Beachtung.⁵ In Umsetzung des EMGR-Entscheids hielt das Bundesgericht im Juli 2017 sodann ergänzend fest, dass auch die Invalidenversicherung mit Art. 59 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) über keine gesetzliche Grundlage verfüge, die den vom EGMR formulierten Anforderungen genüge.⁶

² EUGSTER/KATZENSTEIN (Fn. 1), N 1 zu Art. 282 StPO, in Abgrenzung davon gelten zufällige, kurzfristige Beobachtungen von Vorgängen im öffentlichen Raum (noch) nicht als Observation.

³ Urteil des EGMR no. 61838/10 *Vukota-Bojić gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016.

⁴ BGE 137 I 327; BGE 135 I 169; Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.

⁵ CLAUDIA CADERAS/MARC HÜRZELER, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, in: HAVE 4/2016, 425 ff.; PIERRE HEUSSER, Privatdetektive, aufgepasst!, in: Jusletter 9. Januar 2017, Rz. 46 ff.; MARKUS HÜSLER, Erste UVG-Revision: wichtigste Änderungen und mögliche Probleme bei der Umsetzung, SZS 1/2017, 26 ff., 57; PHILIP STOLKIN, Observation, Kompetenzen und Gesetze, in: Jusletter 27. März 2017.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 4., zur Publikation vorgesehen.

B. E-Art. 43a ATSG

1. Verworrene Entstehungsgeschichte

[Rz 5] Mit dem Entscheid Vukota-Bojić entfiel für die Sozialversicherer die Möglichkeit, legal Observationen durchführen zu lassen. Um die dadurch entstandene «Lücke» im Kampf gegen Versicherungsmissbrauch schnellstmöglich zu schliessen, schickte der Bundesrat am 22. Februar 2017 eine Änderung des ATSG in die Vernehmlassung, die am 29. Mai 2017 endete.⁷ Kernstück der Revision bildet E-Art. 43a ATSG, mit dem Voraussetzungen und Verfahren von Observationen im Sozialversicherungsrecht geregelt werden sollen.⁸ Der Entwurf für einen neuen Art. 43a ATSG (nachfolgend E-Art. 43a ATSG) lautet wie folgt:

¹ Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bildaufzeichnungen machen, wenn:

- a. aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass diese Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht; und
- b. die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

² Die versicherte Person darf nur observiert werden, wenn sie sich:

- a. an einem allgemein zugänglichen Ort befindet; oder
- b. an einem Ort befindet, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.

³ Eine Observation darf an höchstens 20 Tagen innerhalb von drei Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden.

⁴ Der Versicherungsträger kann Spezialistinnen und Spezialisten mit der Observation beauftragen.

⁵ Spätestens vor Erlass der Verfügung über die Leistung informiert der Versicherungsträger die betroffene Person über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation.

⁶ Konnten die Anhaltspunkte nach Absatz 1 Buchstabe a durch die Observation nicht bestätigt werden, so erlässt der Versicherungsträger eine Verfügung über den Grund, die Art und die Dauer der erfolgten Observation. Nach Rechtskraft der Verfügung vernichtet der Versicherungsträger das Observationsmaterial.

⁷ Der Bundesrat regelt

- a. das Verfahren zur Festlegung der Zuständigkeit für die Anordnung der Observation beim Versicherungsträger;

⁷ Erläuternder Bericht des BSV zur Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 22. Februar 2017 (abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/themenuebergreifend/vernehmlassungen/vernehmlassung-revision-atsg-bericht.pdf.download.pdf/vernehmlassung-revision-atsg-bericht-de.pdf>); die Vernehmlassungsantworten können ebenfalls eingesehen werden unter <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/vernehmlassungen/revision-atsg.html>; alle Websites zuletzt besucht am 5. Dezember 2017.

⁸ Vernehmlassungsentwurf, 1 f. (abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/themenuebergreifend/vernehmlassungen/vernehmlassung-revision-atsg-vorlage.pdf.download.pdf/vernehmlassung-revision-atsg-vorlage-de.pdf>).

- b. das Verfahren zur Einsichtnahme des Observationsmaterials durch die versicherte Person;
- c. die Aufbewahrung und die Vernichtung des Observationsmaterials.

[Rz 6] Nebst diesem Entwurf des Bundesrates hat die ständerätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-SR) bereits am 8. November 2016 dem Ständerat eine parlamentarische Initiative (Kommissionsinitiative) eingereicht, welche (ebenfalls) die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für Observationen fordert.⁹ In der Folge hat die SGK-SR die bundesrätliche Vernehmlassung zu E-Art. 43a ATSG abgewartet und, basierend auf den Vernehmlassungsantworten, am 7. September 2017 einen eigenen Erlassentwurf für einen (leicht modifizierten) E-Art. 43a ATSG vorgelegt.¹⁰ Das Vorgehen mutet auf den ersten Blick merkwürdig an: sowohl der Bundesrat als auch die SGK-SR verfassen jeweils einen eigenständigen Entwurf für einen E-Art. 43a ATSG, wobei sich die SGK-SR der Vorarbeiten und Vernehmlassungsantworten des Bundesrates bediente.

[Rz 7] Der Ständerat verfolgt mit diesem scheinbar doppelspurigen Vorgehen zwei Ziele:

- Einerseits soll die Herauslösung des Gesetzgebungsprozesses von E-Art. 43a ATSG aus der gesamten ATSG-Reform dazu dienen, die Schaffung von E-Art 43a ATSG zu beschleunigen.¹¹ Damit soll den Versicherungsträgern ermöglicht werden, möglichst schnell wieder legal observieren zu können; würde man nämlich das ordentliche Gesetzgebungsverfahren weiterverfolgen, müssten die Räte zunächst die Botschaft des Bundesrates zur ATSG-Reform abwarten, die im Nachgang an die per 29. Mai 2017 beendete Vernehmlassung erst noch erstellt werden muss.
- Andererseits dürfte es den Räten nebst der Beschleunigung v.a. auch um eine (vorgezogene) inhaltliche Einflussnahme gehen.

[Rz 8] Bereits der erste Entwurf der parlamentarischen Initiative 16.479 zeigte deutliche *Abweichungen* zum bundesrätlichen E-Art. 43a ATSG.¹² Der Bundesrat hat zum ersten Entwurf eines Art. 43a ATSG in der Version der SGK-SR in einem Bericht vom 1. November 2017 Stellung genommen.¹³ Darin folgt er nicht allen Änderungen der SGK-SR. Der Bundesrat betont zudem, dass ihm eine mit den Grundsätzen der Strafverfolgung kohärente Lösung vorschwebt.¹⁴ Die SGK-SR hat sich in einzelnen, untergeordneten Punkten dem Bundesrat angeschlossen. Mehrheitlich hielt sie jedoch an ihrer Version fest. Der endgültige Antrag der SGK-SR sieht folgendermassen aus (wobei zwecks besserer Veranschaulichung nur die Änderungen aufgeführt werden):

⁹ Parlamentarische Initiative 16.479 vom 8. November 2016.

¹⁰ Entwurf der SGK-SR zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) (Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten), BBl 2017 7417 ff.

¹¹ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-SR) vom 7. September 2017, BBl 2017 7403 ff., 7404.

¹² Vgl. BBl 2017 7417 f.

¹³ Stellungnahme des Bundesrates vom 1. November 2017 zum Bericht der SGK-SR vom 7. September, BBl 2017 7421 ff.

¹⁴ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7424, letzter Satz.

*Art. 43a Observation*¹⁵

¹ Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei **Bild- und Tonaufzeichnungen machen sowie technische Instrumente zur Standortbestimmung einsetzen.**

^{1bis} Für die Anordnung der Observation ist eine Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers zuständig.

Abs. 1 Einleitungssatz - Minderheit (Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto)

¹ Der Versicherungsträger kann eine versicherte Person verdeckt observieren und dabei Bildaufzeichnungen machen, wenn:

Abs. 1 Bst. c - Minderheit (Rechsteiner Paul, Stöckli, Zanetti Roberto)

- c. eine Richterin oder ein Richter des zuständigen kantonalen Versicherungsgerichts gemäss Artikel 57 die Observation genehmigt hat.

Abs. 2 - Minderheit (Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto)

² Die versicherte Person darf nur observiert werden, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort befindet.

³ Eine Observation darf an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden.

⁴ Der Versicherungsträger kann externe Spezialistinnen und Spezialisten mit der Observation beauftragen. Er kann das Material einer Observation, die von einem anderen Versicherungsträger oder einem Dritten selbst oder in deren Auftrag durchgeführt wurde, verwenden, wenn bei der Observation die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–3 erfüllt waren.

⁷ Der Bundesrat regelt:

- b. das Verfahren zur Einsichtnahme des vollständigen Observationsmaterials durch die versicherte Person;
- c. die Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials;
- d. **die Anforderungen an die Spezialistinnen und Spezialisten, die mit der Observation beauftragt werden.**

[Rz 9] Vergleicht man die beiden Entwürfe des Art. 43a ATSG, so fallen vor allem die weitreichenden Änderungen auf, welche die SGK-SR am ursprünglichen Vernehmlassungsentwurf angebracht hat.

[Rz 10] Nachfolgend sollen einige zentrale Punkte der künftigen Gesetzesgrundlage für Observationen genauer betrachtet werden. Dabei drängt sich ein Vergleich der zwei verschiedenen Fassungen des E-Art. 43a ATSG mit den Regelungen der Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) (Art. 282) auf. Ebenfalls als Vergleich dient die ursprüngliche Vorlage einer gesetzlichen Grundlage für Observationen im Sozialversicherungsrecht aus dem Jahr 2008 (E-Art. 44a ATSG), die bekanntlich nie realisiert wurde.

¹⁵ Vgl. BBl 2017 7417 f. sowie die Abstimmungsfahnen der SGK-SR (abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20160479&k=PdAffairId:20160479>).

2. Anforderungen an den Observationsgrund – der Anfangsverdacht

[Rz 11] Entwurf zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) (Unfallversicherung und Unfallverhütung), BBl 2008 5483 f. Die Anforderungen an den Anfangsverdacht gestalten sich in den vier Vergleichsnormen zusammengefasst wie folgt:

E-Art. 43a I ATSG (Entwurf SGK-SR)	E-Art. 43a I ATSG (E-Bundesrat)	Art. 282 I StPO (Strafverfolgung)	E-Art. 44a I ATSG (Entwurf 2008) ¹⁶
a. konkrete Anhaltspunkte; b. Aussichtslosigkeit oder unverhältnismässige Erschwernis der Abklärungen.	a. konkrete Anhaltspunkte; b. Aussichtslosigkeit oder unverhältnismässige Erschwernis der Abklärungen.	a. konkrete Anhaltspunkte; b. Aussichtslosigkeit oder unverhältnismässige Erschwernis der Abklärungen;	a. begründeter Verdacht; b. Ergebnislosigkeit der bisherigen Abklärungen oder ausserordentliche Schwierigkeit.

[Rz 12] Jede Observation – und zwar unabhängig davon, wo sie örtlich durchgeführt wird – tangiert die Grundrechte der observierten Zielperson.¹⁷ In der Konzeption des Grundrechtsschutzes ist eine Einschränkung nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, ein öffentliches Interesse verfolgt, verhältnismässig (d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar) ist und den Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzt. Erforderlichkeit bedeutet, dass ein Eingriff in die Grundrechte nur dann zulässig ist, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht. Observationen müssen deshalb immer subsidiär zu anderen, weniger invasiven Massnahmen sein.

[Rz 13] Der Anfangsverdacht spiegelt die Erforderlichkeit und Subsidiarität wider, weil er zum Ausdruck bringt, dass nur in begründeten Fällen und nur wenn kein anderes (milderes) Mittel verfügbar ist, eine Observation angeordnet werden darf.¹⁸ Vergleicht man die verschiedenen Entwürfe, so ist die erste Voraussetzung für eine Observation deckungsgleich: Die «konkreten Anhaltspunkte» der beiden Entwürfe für einen Art. 43a ATSG sind bewusst am Strafprozessrecht angelehnt worden.¹⁹ Auch der «begründete Verdacht» des E-Art. 44a ATSG entspricht diesem Erfordernis.²⁰

[Rz 14] Unterschiede zeichnen sich – zumindest im Wortlaut – bei der gesetzlich geforderten Subsidiarität ab. Im Jahr 2008 wurde in E-Art. 44a Abs. 1 ATSG noch ausdrücklich gefordert, dass die *bisherigen Abklärungen keine Ergebnisse brachten* – was impliziert, dass grundsätzlich bereits vor der Observation Abklärungen getätigt werden mussten – oder sich Abklärungen als «ausserordentlich schwierig» erweisen. Bereits zu dieser Formulierung wurde kritisch angemerkt, dass nicht klar sei, wann genau von einer ausserordentlichen Schwierigkeit auszugehen sei. Deutlich war aber die damalige Stossrichtung erkennbar, wonach die Observation erst als *ultima ratio* zur

¹⁶ Entwurf zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) (Unfallversicherung und Unfallverhütung), BBl 2008 5483 f.

¹⁷ Z.B. THOMAS GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, in: Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 179 ff., 192.

¹⁸ GÄCHTER (Fn. 17), 196, 199; MARGIT MOSER-SZELESS, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, SZS 2/2013, 129 ff., 155.

¹⁹ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7410.

²⁰ GÄCHTER (Fn. 17), 199.

Anwendung gelangen sollte.²¹ Im aktuellen Entwurf wurde die Formulierung «ausserordentliche Schwierigkeit» durch die Wendung «unverhältnismässige Erschweris» ersetzt. Glaubt man dem Bundesrat, so soll es sich dabei keineswegs um eine Herabsetzung der Anforderungen an die Subsidiarität handeln, sondern um eine inhaltlich identische Regelung wie im Gesetzesentwurf zu E-Art. 44a ATSG im Jahr 2008;²² Die Observation dürfe nur als ultima ratio zum Einsatz kommen.²³

[Rz 15] U.E. ist der Formulierung «unverhältnismässig erschwert» jedoch eine zuvor nicht angesprochene «Effizienzabwägung» inhärent. Ein Sozialversicherungsträger dürfte nach unserem Verständnis der Formulierung auch dann zum Mittel der Observation greifen, wenn ihm andere Arten der Sachverhaltsfeststellung als «unverhältnismässig» aufwändig erscheinen. Aus unserer Sicht weist eine Norm nicht denselben verbindlichen Subsidiaritätsanspruch auf, wenn sie eine Observation nicht nur als letztes Mittel (ultima ratio) zulässt, sondern auch den «unverhältnismässigen» Abklärungsaufwand des Versicherers in die Abwägung einbezieht. So könnte eine Observation aus Sicht des Versicherungsträgers allenfalls schneller und vielleicht sogar günstiger zu «Ergebnissen» führen als eine (polydisziplinäre) Begutachtung. Eine solche Sichtweise würde aber den ultima-ratio-Ansatz völlig aushöhlen und ist aus der Sicht der verfassungsmässig geforderten Erforderlichkeit eines Eingriffs klar abzulehnen.²⁴

[Rz 16] Art. 43a Abs. 1 ATSG wurde bewusst an die strafprozessuale Regelung angelehnt.²⁵ Die Formulierung in Art. 282 StPO wurde indes bewusst offen gewählt, um den Strafverfolgungsbehörden zu ermöglichen, bereits zu Beginn der Ermittlungshandlungen Observationen durchzuführen.²⁶ Innerhalb des strafprozessualen Zwangsmassnahmen-Repertoires der Staatsanwaltschaft bildet die Observation gerade nicht die ultima ratio der Massnahmen. Dieser Unterschied ist bei allen sinnvollen Querbezügen zwischen den beiden Rechtsgebieten stets im Auge zu behalten.

[Rz 17] Namentlich die Anforderungen an den Anfangsverdacht müssten im Sozialversicherungsrecht u.E. strenger ausfallen als im Strafrecht. Dies schon nur deshalb, weil der Sozialversicherungsträger aufgrund der gesetzlich statuierten Mitwirkungspflicht des Anspruchsstellers im Normalfall mit deutlich milderer Mitteln an die anspruchrelevanten Informationen gelangen kann. Der Staatsanwalt dagegen muss gegen eine beschuldigte Person ermitteln, die Kraft Gesetzes über diverse Verteidigungsrechte verfügt (Aussageverweigerung, Selbstbelastungsfreiheit, Recht auf einen Verteidiger etc.), weshalb eine geheime Zwangsmassnahme in Form einer Observation viel eher angezeigt erscheinen kann. Die Gerichtspraxis zeigte sich bisher allerdings *sehr grosszügig bei der Bejahung eines Anfangsverdachts*, der eine Observation als erforderlich er-

²¹ GÄCHTER (Fn. 17), 199.

²² Erläuternder Bericht des BSV (Fn. 7), S. 10.

²³ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7423.

²⁴ Vgl. MASSIMO ALIOTTA, Beweisrechtlicher Stellenwert der Observationen von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften, in: Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 211 ff., 225, wonach eine Observation ein medizinisches Gutachten niemals zu ersetzen vermag.

²⁵ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7410; vgl. vorn Rz. 13.

²⁶ EUGSTER/KATZENSTEIN (Fn. 1), N 17 zu Art. 282 StPO.

scheinen liess,²⁷ was auch in der Lehre kritisch betrachtet wird.²⁸ Eine Observation gleich zu Beginn des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens wäre damit in jedem Fall als unverhältnismässiger Eingriff in die Privatsphäre des Versicherten zu werten.²⁹

[Rz 18] U.E. zeigt sich bereits hier ein erstes Mal, dass der Gesetzgeber im Jahr 2017 dem Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre der Versicherten weniger Wert beimisst, als er dies im Jahr 2008 getan hat. Der Gedanke der (raschen) Missbrauchsbekämpfung scheint stärker im Vordergrund zu stehen.

3. Zulässiger Ort der Observation – der Versicherer darf (neu) am meisten

[Rz 19] Die verschiedenen Normen unterscheiden sich markant bzgl. des Ortes, an dem observiert werden darf:

E-Art. 43a II ATSG (Entwurf SGK-SR)	E-Art. 43a II ATSG (E-Bundesrat)	Art. 282 I StPO (Strafverfolgung)	E-Art. 44a III ATSG (Entwurf 2008) ³⁰
a. allgemein zugänglichen Ort; oder b. an einem Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.	a. allgemein zugänglichen Ort; oder b. an einem Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.	Allgemein zugängliche Orte.	Nur auf öffentlichem Grund.

[Rz 20] Unbestritten soll der Sozialversicherer im öffentlichen Raum oder auf öffentlichem Grund observieren dürfen. Damit gemeint sind öffentliche Strassen, Plätze, Bahnhöfe, öffentliche Verkehrsmittel und in der Natur, aber auch in (öffentlich zugänglichen) Einrichtungen wie Einkaufshäuser, Kinos, Restaurants, Parkhäuser etc. Genauso weit geht auch die Befugnis der (im Auftrag der Staatsanwaltschaft handelnden) Polizeiorgane gemäss Art. 282 Abs. 1 StPO.³¹

[Rz 21] Es fällt nun auf, dass die beiden Entwürfe des Art. 43a ATSG in Abs. 2 eine neue Litera b. aufweisen, die Observationen auch an einem Ort für zulässig erklärt, *der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist*. Diese Ausweitung der Observationsbefugnisse erweist sich, bei näherer Betrachtung, aus zwei Gründen als problematisch.

²⁷ So genügt i.d.R. ein blosser Aggravationsverdacht oder bereits ein anonymer Anruf oder ein Foto auf Facebook (Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich IV.2015.00532 vom 31. Januar 2017 E. 5.5, E. 6.3). Anschaulich auch Urteil des Bundesgerichts 8C_349/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 5.1, in dem eine IV-Mitarbeiterin trotz zweier inhaltlich identischer polydisziplinärer Gutachten innert gut zwei Jahren weiterhin an ihrem Verdachtsmoment eines «internen Hinweises» festhielt und letztlich eine Observation anageordnet wurde.

²⁸ PHILIPP EGLI, Verwertbarkeit von Observationsergebnissen – Urteilsbesprechung zur «St. Galler Praxis» (8C_69/2017), in: iusNet 12. September 2017; STEPHAN FUHRER, Versicherungsdetektiv im Ausland, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts Urteil 8C_239/2008 vom 12.12.2009, in: HAVE 1/2010, 35 ff., 36; GÄCHTER (Fn. 17), 197.

²⁹ Vgl. CADERAS/HÜRZELER (Fn. 5), 427, die den ultima ratio Gedanken auch mit einer neuen gesetzlichen Grundlage weiterhin als zentral erachten.

³⁰ Entwurf UVG (Fn. 16), BBl 2008 5483 f.; kritisch zur damaligen Formulierung Moser-Szeless (Fn. 18), 146 f.

³¹ EUGSTER/KATZENSTEIN (Fn. 1), N 5 zu Art. 282 StPO.

a) Ausweitung der Observationskompetenz über die Strafverfolgung hinaus

[Rz 22] Mit dieser neuen und erweitert formulierten gesetzlichen Grundlage dürfte der Sozialversicherungsträger tiefer in die Privatsphäre hinein observieren, als die Polizei bei der Verbrechensverfolgung und -bekämpfung oder ein Privatdetektiv im Auftrag einer Privatversicherung. Der Staatsanwaltschaft ist es aufgrund von Art. 282 Abs. 1 und Art. 280 lit. b StPO (e contrario) nicht erlaubt, die Polizei mit einer Observation an «nicht allgemein zugänglichen Orten» zu beauftragen. Dabei spielt es für die Polizei keine Rolle, ob man den nicht allgemein zugänglichen Ort allenfalls von einem solchen aus einsehen könnte (z.B. Garten). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erstreckt sich der «nicht allgemein zugängliche Ort» auch auf «die unmittelbare Umgebung des Hauses», insbesondere den Bereich vor der Haustüre und den Briefkasten. Dabei ist es *irrelevant, ob der Bereich* im Sinne von Art. 186 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) *umfriedet ist oder nicht* und ob er bei Vorliegen einer Umfriedung ohne Mühe oder erst nach Überwindung des physischen Hindernisses einsehbar ist.³² Will die Staatsanwaltschaft einen solchen Eingriff in die Privatsphäre anordnen, braucht sie dafür eine *richterliche Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts* (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 272 Abs. 1 StPO).³³ Der Privatversicherer ist an genau dieselbe Schranke gebunden, da Art. 179^{quater} StGB jeden Eingriff eines Privaten in die Privat- oder Geheimsphäre durch ein Aufnahmegerät unter Strafe stellt.³⁴

[Rz 23] Die SGK-SR scheint sich dieser Ausweitung der Befugnisse zumindest bewusst zu sein wenn sie ausführt, «*dass die im Verwaltungsverfahren durch eine Observation erzielten Befunde unter Umständen in einem späteren Strafverfahren, bei dem die Observation restriktiver geregelt wird, nicht als Beweismittel verwendet werden können.*»³⁵ Nur eine Minderheit der SGK-SR weist auf die soeben dargestellten Abgrenzungsschwierigkeiten hin.³⁶

[Rz 24] In der Vernehmlassung des E-Art. 43a ATSG (Version Bundesrat) scheint sich jedoch eine Mehrheit kritisch zur geplanten Kompetenzausweitung geäussert zu haben.³⁷ Diese Vorbehalte werden von der SGK-SR in ihrem Erlassentwurf nicht weiter thematisiert. Auch fehlt eine sachliche Begründung dafür, weshalb neu ausgerechnet die Sozialversicherungsträger über die mit Abstand am weitesten reichenden Observationsbefugnisse verfügen sollen. Die eigentliche Absicht ist allerdings klar: Die Missbrauchsbekämpfung in der Sozialversicherung scheint für den Gesetzgeber oberste Priorität zu geniessen, was auch den Einsatz entsprechender Mittel rechtfertigen soll.

[Rz 25] Der Bundesrat betont in seinen Berichten zwar mehrfach, dass der Privatsphäre der Versicherten grosse Bedeutung zuzumessen sei und dass der Kohärenz mit dem Strafprozessrecht Rechnung getragen werden müsse.³⁸ Gleichzeitig vertritt er aber die Ansicht, dass mit der Erlaubnis zur Observation im (öffentlich einsehbaren) Privatbereich lediglich «*die herrschende Lehre und die bestehende Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziert [wird], die ohnehin anwendbar ist. Sie geht zwar über den Wortlaut von Artikel 282 StPO hinaus, inhaltlich ist es jedoch keine Abweichung, da diese Rechtsprechung zur Observation in der Invalidenversicherung auch auf Strafverfahren*

³² BGE 118 IV 41 E. 4e S. 50.

³³ EUGSTER /KATZENSTEIN (Fn. 1), N 23 zu Art. 281 StPO.

³⁴ Vgl. hinten Rz. 77 ff. bzgl. der Diskussion um die mögliche Rechtfertigung.

³⁵ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7406, (Ziff. 2.1 letzter Satz).

³⁶ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7406 f.

³⁷ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7408.

³⁸ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7424.

übertragen werden kann.»³⁹ Diese Aussage erscheint uns aus verschiedenen Gründen unzutreffend:

[Rz 26] Einerseits entspricht es weder der geltenden Rechtsprechung noch der herrschenden Lehre, dass ein Sozialversicherer in den (frei einsehbaren) Privatbereich eines Versicherten eindringen darf. Es ist daran zu erinnern, dass bis zum heutigen Zeitpunkt der Sozialversicherer mangels gesetzlicher Grundlage *eigentlich überhaupt keine Observationen, an gar keinem Ort, durchführen dürfte*. Tatsächlich hat das Bundesgericht in BGE 137 I 327 zwar festgehalten, dass eine Observation auf einem Balkon nicht in die strafrechtlich geschützte Privatsphäre des Versicherten eingreift.⁴⁰ Der Entscheid wurde aber – entgegen der Behauptung des Bundesrates – in der Lehre äusserst kritisch aufgenommen.⁴¹

[Rz 27] Es ist denn auch eines der grossen Probleme im Bereich der Observation, dass die sozial- und öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts *eine deutlich weiter gefasste Praxis verfolgen* als die strafrechtliche Abteilung desselben Gerichts. In jüngster Zeit wurden denn auch im Sozialversicherungsrecht – trotz nach wie vor fehlender gesetzlicher Grundlage – auch Observationen von Hausfassaden und im Garten ohne weiteres toleriert.⁴² Dem Bundesrat kann aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung somit nicht direkt zum Vorwurf gemacht werden, dass er die geltende Rechtslage zu wenig differenziert wiedergibt.

[Rz 28] Andererseits ist vehementer Widerspruch angezeigt bei der Aussage, dass diese Ausweitung inhaltlich keine Abweichung darstelle und auf das Strafverfahren übertragbar sei. Im Gegenteil: Mit dem vorliegenden Entwurf wird eine *erhebliche Diskrepanz zum Strafprozessrecht geschaffen* und das geltende Strafprozessrecht würde eine Übertragung weitestgehend verbieten.

b) Allgemein frei einsehbarer Ort – ein unbestimmbarer Rechtsbegriff

[Rz 29] Beim «Ort, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist», handelt es sich, rechtstechnisch betrachtet, um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein solcher Begriff wenig klar umrissen, d.h. auslegungsbedürftig ist. Mit der in E-Art. 43a ATSG verwendeten Formulierung des frei einsehbaren Ortes wurde aber gewissermassen ein *unbestimmbarer Rechtsbegriff* geschaffen, da niemand aufgrund des gewählten Wortlauts auch nur annähernd genau bestimmen kann, bis wohin, d.h. bis in welchen Bereich des Privatlebens hinein, eine Observation gehen darf. Vom Wortlaut her wäre etwa ein Blick durchs Panoramafenster ohne Vorhänge direkt aufs Ehebett des Versicherten möglich, sofern der Detektiv dabei auf der Strasse steht. Noch viel mehr Möglichkeiten tun sich beim Einsatz moderner Technologien, wie z.B. Drohnen, auf.⁴³ Der Bundesrat und die SGK-SR versuchen, die gewählte Formulierung möglichst zu relativieren. So müsse die Tätigkeit «mit blossen Auge zu gegebener Tageszeit erkennbar sein»

³⁹ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7425, letzter Absatz.

⁴⁰ BGE 137 I 327 E. 6.1.

⁴¹ Z.B. FELIX BOMMER/ARIANE KAUFMANN, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht im Jahr 2011 (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen), in: ZBJV 12/2015, 873 ff., 895 ff.; STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, in: HA-VE 2/2012, 177 ff., 178; THOMAS GÄCHTER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Jahre 2010 und 2011 zum Verfahrensrecht der Sozialversicherung, in: ZBJV 3/2012, 185 ff., 201 f.; LUCIUS MÜLLER, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, in: Jusletter 19. Dezember 2011.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 8C_304/2016 vom 15. September 2017 E. 4.2.

⁴³ ANNE-SYLVE DUPONT, Assurance-invalidité : les observations illicites sont des preuves valables Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_806/2016, in: <http://rcassurances.ch>, 2017, no.Septembre, p. 1–9, 6.

und Überwachungen im Treppenhaus sowie der Waschküche seien nicht gestattet.⁴⁴ Auch seien Geräte, «die das menschliche Wahrnehmungsvermögen erweitern», abzulehnen.⁴⁵ Auch einzelne Politiker relativieren und führen aus, «wie weit es möglich sein soll, z.B. vom Garten aus in ein Haus hinein zu beobachten, sei *umstrittener* und es sei Zurückhaltung angebracht.»⁴⁶

[Rz 30] Aus den bisherigen Materialien geht u.E. klar hervor, dass weder dem Bundesrat noch dem Gesetzgeber wirklich wohl ist mit der sehr offen und schwammig formulierten Ausweitung der Observationskompetenz in E-Art. 43a Abs. 2 lit. b ATSG. Diese Unbestimmtheit und, damit einhergehend, der fast vollständige Verlust der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns bildet einen zentralen und nach unserer Meinung vollständig berechtigten Kritikpunkt am Gesetzesentwurf.⁴⁷ Vor dem Hintergrund, dass alle involvierten Parteien das Problem scheinbar erkannt haben, leuchtet es nicht ein, weshalb bisher keine Schärfung bzw. Klärung des Normtextes erfolgt oder beantragt wurde, beispielsweise im Sinne der vom Bundesrat selbst vorgeschlagenen einschränkenden Auslegung des Begriffs.

[Rz 31] Diese Untätigkeit könnte sich rächen, wenn sie im laufenden Gesetzgebungsverfahren nicht noch korrigiert wird. Wird nämlich der nun vorliegende Wortlaut zum Gesetz, geben einzig die genannten Materialien ein wenig Aufschluss über die Tragweite der Observationskompetenz. Das Bundesgericht seinerseits hat – zumindest im Sozialversicherungsrecht – in der Vergangenheit aber mehrfach gezeigt, dass es im Namen der Missbrauchsbekämpfung selbst klare Gesetzeswortlaute aufs äusserste zu dehnen bereit ist. Eine Zurückbindung der Sozialversicherungsträger hinter den Wortlaut von E-Art. 43a ATSG dürfte vom Bundesgericht deshalb kaum zu erwarten sein.

[Rz 32] Bei der örtlichen Zulässigkeit von Observationen zeigt sich u.E. erneut, dass im momentan aufgeheizten politischen Umfeld dem Privatsphärenschutz des Einzelnen keine vorrangige Bedeutung zugemessen wird. In der Politik scheint folglich auch kein Interesse vorhanden zu sein, der «von Strasbourg aufgezwungenen» gesetzlichen Grundlage scharfe Konturen zu verleihen.

4. Zulässige (technische) Mittel für die Observation

[Rz 33] Ebenfalls aufschlussreich sind die Mittel, die der Gesetzgeber im jeweiligen Rechtsgebiet für zulässig erachtet:

⁴⁴ Erläuternder Bericht des BSV (Fn. 7), S. 10.

⁴⁵ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7424.

⁴⁶ Ständerat Pirmin Bischof im Interview mit der Sendung 10 vor 10 vom 1. November 2017; das Betreten des (in der Regel umfriedeten) Gartens – von dem aus in das Haus hinein beobachtet werden soll – ohne Einwilligung des Berechtigten kann allerdings für sich allein betrachtet bereits ein strafbarer Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) darstellen.

⁴⁷ Gl.M. bereits DUPONT (Fn. 43), 6.

E-Art. 43a I ATSG (Entwurf SGK-SR)	E-Art. 43a I ATSG (E-Bundesrat)	Art. 282 I StPO (Strafverfolgung)	E-Art. 44a III ATSG (Entwurf 2008) ⁴⁸
<ul style="list-style-type: none"> • Bildaufzeichnung • Tonaufzeichnung • technische Instrumente zur Standortbestimmung. 	<ul style="list-style-type: none"> • Bildaufzeichnung 	<ul style="list-style-type: none"> • Bildaufzeichnung • Tonaufzeichnung 	Nur Bildaufzeichnung

[Rz 34] Einigkeit besteht darin, dass die observierende Person zwecks Beweissicherung Bildaufnahmen von der Zielperson machen darf. Damit gemeint sind Fotografie- und Filmaufnahmen, wobei der Eingriff bei Filmaufnahmen als schwerwiegender betrachtet wird als bei blossen Fotografien.⁴⁹

[Rz 35] Uneinheitlicher ist der Meinungsstand bei der Frage, ob auch Tonaufzeichnungen zulässig sein sollen. Ursprünglich war nicht vorgesehen, dass im Sozialversicherungsrecht Tonaufzeichnungen erlaubt sein sollten. Allerdings darf der Staatsanwalt im Rahmen einer Observation nach Art. 282 StPO nebst Bild- auch Tonaufzeichnungen machen. Die SGK-SR⁵⁰ und, in seiner Stellungnahme dazu, nun auch der Bundesrat⁵¹ wollen diesbezüglich eine kohärente Lösung schaffen und auch dem Sozialversicherer Tonaufnahmen gestatten.

[Rz 36] Wichtig ist allerdings, dass genau definiert wird, was unter Tonaufzeichnungen im Sinne von Art. 282 StPO zu verstehen ist. Zwei Punkte sind dabei besonders relevant:

- Einerseits sind Tonaufzeichnungen im Rahmen der Observation *nur an allgemein zugänglichen Orten erlaubt*. Sobald eine Tonaufzeichnung an einem nicht mehr allgemein zugänglichen Ort erfolgen soll, liegt keine Observation gemäss Art. 282 StPO mehr vor.⁵² Es handelt sich dann um eine Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten gemäss Art. 280 lit. a StPO. In diesem Punkt verbindet sich die Zulässigkeit der Mittel mit der Zulässigkeit des Observationsortes. Der Hauptunterschied besteht für die Staatsanwaltschaft darin, dass sie für eine Tonaufzeichnung des nicht öffentlich gesprochenen Wortes eine *richterliche Genehmigung* einholen muss (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 272 StPO).
- Andererseits sind für Tonaufzeichnungen im Zuge einer Observation gemäss Art. 282 StPO nur Geräte erlaubt, die auf «einfache Weise» Tonaufnahmen ermöglichen.⁵³ Gemeint sind Tonaufzeichnungen durch einfache Mikrofone, welche die Hörfähigkeit nicht sonderlich ver-

⁴⁸ Entwurf UVG (Fn. 16), BBl 2008 5483 f.

⁴⁹ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 28.

⁵⁰ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7410.

⁵¹ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7424.

⁵² EUGSTER /KATZENSTEIN (Fn. 1), N 7 zu Art. 282 StPO.

⁵³ THOMAS HANSJAKOB, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich 2014, N 9 zu Art. 282 StPO.

stärken (z.B. eingebaute Mikrofone bei einer Kamera).⁵⁴ Der Einsatz von Richtmikrofonen⁵⁵ und Wanzen fällt dagegen nicht unter Art. 282 StPO, sondern unter Art. 280 lit. a StPO, und ist ohne gerichtliche Genehmigung untersagt.

[Rz 37] Der Einsatz von GPS-Sendern⁵⁶ zur Standortfeststellung stellt ebenfalls keine Observation i.S.v. Art. 282 StPO dar, sondern wird in Art. 280 lit. c StPO separat geregelt. Genau wie der Einsatz von Richtmikrofonen und generell das Erstellen von Tonaufzeichnungen im nicht-öffentlichen Bereich bedarf der Einsatz von GPS-Sendern einer vorgängigen *richterlichen Genehmigung*.

[Rz 38] Ebenfalls zu beachten ist, dass die Staatsanwaltschaft den Einsatz eines GPS-Senders oder eines Richtmikrofons sowie eine Aufzeichnung des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes nur anordnen darf, wenn ein *dringender Tatverdacht auf eine Straftat gemäss Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO* vorliegt (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO). Der per 1. Oktober 2016 neu in Kraft getretene *Artikel 148a StGB* (Unrechtmässiger Bezug von Sozialversicherungsleistungen) ist allerdings in diesem Deliktskatalog *nicht* genannt, weil es sich dabei nur um ein Vergehen handelt. Der Staatsanwaltschaft dürfte mit anderen Worten die gerichtliche Genehmigung in vielen mit dem Sozialversicherungsrecht vergleichbaren Fällen schon deshalb nicht erteilt werden, weil die geplante verdeckte Zwangsmassnahme für die Verfolgung des Sozialversicherungsmissbrauchs vom Gesetzgeber als unverhältnismässig erachtet wurde. *Derselbe Gesetzgeber plant nun allerdings, dem Sozialversicherer die weitreichendere Kompetenz in weniger gravierenden Fällen und ohne richterliche Überprüfung einzuräumen.*⁵⁷

[Rz 39] Die Ausbaupläne der SGK-SR in ihrem E-Art. 43a ATSG scheinen bezüglich des Einsatzes von GPS-Sendern und verstärkenden Abhörmikrofonen bei einigen Vernehmlassungsteilnehmern⁵⁸ und dem Bundesrat auf Ablehnung gestossen zu sein.⁵⁹ Der Bundesrat teilt die obigen Bedenken und möchte deshalb den Einsatz von GPS-Sendern und Abhörmikrofonen im Sozialversicherungsrecht nicht gestatten.⁶⁰

[Rz 40] Nach unserer Einschätzung erscheint es im Vergleich mit anderen Rechtsgebieten vertretbar, wenn nebst dem Bild auch der Ton aufgezeichnet werden kann (z.B. über das eingebaute Mikrophon einer Kamera), sofern es sich dabei um Gespräche *im öffentlichen Bereich und ohne den Einsatz spezieller Richtmikrofone* handelt. Sofern als Hilfsmittel GPS-Sender und weitere, die Wahrnehmung verstärkende Geräte eingesetzt werden sollen, handelt es sich u.E. nicht mehr um eine blossе Observation, sondern eine Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten. Analog zu Art. 280 f. StPO wäre hierfür eine richterliche Genehmigung zu fordern, wenn nicht einseitig Leistungsbeziehende der Sozialversicherung deutlich schlechter geschützt werden sollen.

⁵⁴ HANSJAKOB (Fn. 53), N 9 zu Art. 282 StPO.

⁵⁵ Ein Richtmikrofon wird aus grösserer Distanz auf das Ziel «gerichtet» und ermöglicht dank hochsensibler Technik und Verstärker das Auffangen und Aufzeichnen der abgegebenen Schallwellen (z.B. Gesprächen).

⁵⁶ Sie werden auch GPS-Tracker genannt und ermöglichen, den Standort und die Bewegung einer Person oder eines Fahrzeuges in Echtzeit oder nachträglich sehr genau zu rekonstruieren.

⁵⁷ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7410.

⁵⁸ Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7408.

⁵⁹ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7424 f.

⁶⁰ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7425.

5. Anordnungs-kompetenz: Sachbearbeiter, Geschäftsleitung oder Richter?

[Rz 41] Der letzte Vergleichspunkt betrifft die Frage, wer im Sozialversicherungsrecht dafür zuständig ist, eine Observation in Auftrag zu geben.

E-Art. 43a I ^{bis} ATSG (Entwurf SGK-SR)	E-Art. 43a I ^{bis} ATSG (E-Bundesrat)	Art. 282 I StPO (Strafverfolgung)	E-Art. 44a III ATSG (Entwurf 2008) ⁶¹
a. Person mit Direktionsfunktion im fallbearbeitenden Bereich oder im Bereich Leistungen des Versicherungsträgers. <i>c. Das Gericht (Minderheit)</i>	Die Geschäfts- leitung des Versicherungs- trägers.	Der Staatsanwalt im öffentlichen Bereich. Das Zwangsmassnahme- gericht im Privatbereich (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 272 Abs. 1 StPO).	Keine Aussage im Gesetz.

[Rz 42] Die Vorschläge unterscheiden sich bezüglich der Anordnungs-kompetenz stark. Während die SGK-SR diese Frage ursprünglich am liebsten auf Verordnungsstufe geregelt sehen wollte, hat sich der Bundesrat mit seinem Anliegen durchgesetzt, einen Zusatz auf Gesetzesstufe anzubringen (E-Art. 43a Abs. 1^{bis} ATSG). Gemäss dem Bundesrat soll nur die Geschäftsleitung einen derartigen Grundrechtseingriff anordnen dürfen.⁶² Der SGK-SR scheint dies zu weit zu gehen, weshalb sie in einer umständlich anmutenden Formulierung den Kreis der Anordnungsberechtigten einzugrenzen versucht, ohne dem Versicherungsträger vor grosse Anforderungen zu stellen.⁶³

[Rz 43] Sowohl der Bundesrat als auch die SGK-SR sprechen sich in der Mehrheit gegen eine richterliche Genehmigungspflicht aus;⁶⁴ dies mit der Begründung, dass es sich bei der Observation nach dem ATSG um eine «einfache Observation» handle, wie sie auch in Art. 282 StPO bewilligungsfrei vorgesehen sei. Ein Richtervorbehalt erscheine daher als unverhältnismässig(er Aufwand).⁶⁵

[Rz 44] Diese Haltung weist einen offenen Widerspruch auf: Bei der Observation gemäss E-Art. 43a ATSG handelt es sich gerade nicht mehr um eine «einfache Observation» gemäss Art. 282 StPO, weil der zulässige Observationsraum stark über den Öffentlichkeitsbereich hinaus ausgeweitet wurde. Würde man die Observation nach dem ATSG auf den öffentlichen Raum beschränken (so wie dies in Art. 282 StPO normiert ist und im ursprünglich E-Art. 44a ATSG vorgesehen war), wäre es kohärent, auf eine gerichtliche Überprüfung der Observationsanordnung zu verzichten. Will man beim jetzt vorliegenden E-Art. 43a ATSG eine Kohärenz mit dem Strafrecht schaffen, muss nicht Art. 282 StPO, sondern müsste konkret Art. 281 Abs. 4 StPO herangezogen werden, weil im Strafprozess die *Observation an nicht öffentlich zugänglichen Orten der Genehmigungspflicht des Zwangsmassnahmengerichts* unterliegt. Anzumerken ist weiter, dass die Anord-

⁶¹ Entwurf UVG (Fn. 16), BBl 2008 5483 f.

⁶² Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7427.

⁶³ Abstimmungsfahnen der SGK-SR (Fn. 15).

⁶⁴ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7425; Bericht SGK-SR (Fn. 11), BBl 2017 7409.

⁶⁵ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), BBl 2017 7425.

nung einer Observation durch einen Staatsanwalt sachlich nicht mit jener durch einen Sozialversicherungsträger gleichgestellt werden darf. Ein Staatsanwalt ist jedenfalls ein ausgebildeter Jurist mit besonderen Kenntnissen in der Anwendung von Zwangsmassnahmen unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Sinngemäss gilt dies auch für die durchführenden Polizeiorgane. Der Gesetzgeber oder, bei einer Delegation, der Bundesrat muss u.E. sicherstellen, dass bei der letztlich gewählten Anordnungsinstanz die dafür notwendigen juristischen Kenntnisse ebenfalls vorhanden sind, damit die rechtsstaatlich gebotene Zurückhaltung gewährleistet ist.

6. Zwischenfazit: Von allem ein bisschen – und nichts richtig!

[Rz 45] In der Debatte um eine neue gesetzliche Grundlage für Observationen im ATSG ist u.E. wichtig, dass man die verschiedenen Normkomplexe, die das Verhältnis von Privatsphärenschutz und Observationsinteresse regeln, als jeweiliges Gesamtsystem versteht, das die involvierten Interessen austariert.

[Rz 46] Im Strafrecht verhält es sich etwa so, dass die Staatsanwaltschaft aus verhältnismässig niederschweligen Gründen und in Eigenregie eine Observation durch die Polizei anordnen darf. Als Korrektiv wird die Observation gemäss *Art. 282 StPO auf den öffentlichen Raum begrenzt*. Will die Staatsanwaltschaft dagegen in den Privatbereich des Beschuldigten eindringen, braucht sie dafür eine richterliche Genehmigung. Selbiges gilt für die Aufzeichnung von Telefonaten und den Einsatz von Ortungsgeräten oder Richtmikrofonen.

[Rz 47] Bundesrat und SGK-SK scheinen sich nun aber, gewissermassen wie in einem Gemischtwarenladen, bei den jeweils «genehmen» Teilen der strafprozessualen Observation zu bedienen und diese aus dem System herausgebrochenen Teile nach Gutdünken zu ergänzen. Verwiesen wird etwa auf den Anfangsverdacht und die Subsidiarität, die aber im Vergleich zum E-Art. 44a ATSG zumindest im Wortlaut deutlich schwächer ausfallen. Zudem soll keine gerichtliche Genehmigung vorgesehen werden, da auch der Staatsanwalt keine solche brauche. Auf der anderen Seite und im Widerspruch zum Strafprozessrecht sollen die Observationsbefugnisse gemäss ATSG aber weiter gehen als jene der Staatsanwaltschaft; wenn nötig auch mit Mitteln und an Orten, welche die strafprozessuale Observation übersteigen. Dass der Staatsanwalt für vergleichbare Massnahmen – aus berechtigten Gründen des Grundrechtsschutzes – eine vorgängige gerichtliche Genehmigung braucht, scheint den Gesetzgeber und den Bundesrat nicht zu interessieren. Geschaffen werden soll so ein eigenständiges, dem Strafprozessrecht widersprechendes Observationsregime im Sozialversicherungsrecht.

[Rz 48] Wenig einleuchtend ist zudem, dass Sozialversicherungsträger, die in erster Linie die Anspruchsvoraussetzungen abklären und nicht strafrechtlich relevantes Fehlverhalten aufdecken sollen und vermutlich über weniger juristisches Fachwissen verfügen als die Staatsanwaltschaft, letztlich über weitergehende Befugnisse als diese verfügen sollen. Erschwerend kommt dazu, dass die eigentlichen Überwachungshandlungen im Sozialversicherungsrecht nicht durch die – hierfür ausgebildete und rechtsstaatlich stark eingebundene – Polizei, sondern durch Private durchgeführt werden sollen.

[Rz 49] Gesamthaft betrachtet ergibt sich das Bild, dass die rechtsstaatlichen Schutzstandards, die sich in den verschiedenen Rechtsgebieten zum Privatsphärenschutz etabliert haben, im Zusammenspiel der unterschiedlichen Relativierungen, die sich in E-Art. 43a ATSG finden, deutlich gesenkt werden. Während im Strafprozessrecht und im Privatrecht, das sogleich noch zu behandeln sein wird, verschiedene Schutzmechanismen greifen, fehlen solche im vorgesehenen

Entwurf; oder sie sind aus dem Gesetzeswortlaut jedenfalls nicht erkennbar. Da nicht nur die Missbrauchsbekämpfung, sondern vor allem auch der Schutz der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger als verfassungsrechtliches Ziel erscheint, sollte der Gesetzgeber den Entwurf deutlich stärker auch an diesem letzteren Ziel ausrichten.

C. Sonderfall: Pensionskassen

[Rz 50] Die neue gesetzliche Grundlage in E-Art. 43a ATSG gilt für alle Sozialversicherungsträger, die dem ATSG unterstehen. Im Vordergrund stehen die Träger der Invalidenversicherung und der Unfallversicherung, aber auch die Durchführungsstellen der Ergänzungsleistungen, die Arbeitslosenversicherung und die Krankenkassen dürfen im Rahmen von E-Art. 43a ATSG Observationen in Auftrag geben.

[Rz 51] Nicht erfasst werden Privatversicherungen. Nebst Haftpflicht- und Unfallzusatzversicherungen unterstehen auch Krankentaggeldzusatzversicherungen nach Versicherungsvertragsgesetz (VVG; SR 221.229.1) nicht der neuen gesetzlichen Grundlage.

[Rz 52] Eine Sonderstellung nehmen Pensionskassen ein. Die obligatorische berufliche Vorsorge wird durch das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) geregelt, das ein Rahmengesetz darstellt. Auf diesen Bereich ist das ATSG mangels Verweisnorm im BVG nicht anwendbar. In einem jüngeren Urteil hat es das Bundesgericht denn auch offengelassen, ob die Rechtsprechung des EGMR i.S. Vukota-Bojić auch auf Pensionskassen anwendbar ist. Es hat die observierende Personalvorsorgestiftung lediglich als «interessierten Dritten» bezeichnet und auf dieselbe Stufe wie eine private Haftpflichtversicherung gestellt.⁶⁶

[Rz 53] Die herrschende Lehre spricht sich dafür aus, die zweite Säule, zumindest im obligatorischen Bereich, zum Bundessozialversicherungsrecht zu zählen.⁶⁷ Begründet wird dies damit, dass das Versicherungsverhältnis öffentlich-rechtlich geregelt wird und diverse formale Aspekte (Oberaufsicht, Gerichtsbarkeit) für eine Zugehörigkeit zum Sozialversicherungsrecht sprechen. Pensionskassen, die obligatorische oder zumindest umhüllende Leistungen anbieten, gelten somit als öffentlich-rechtlicher Sozialversicherungsträger. Somit bedarf auch eine Pensionskasse einer gesetzlichen Grundlage für eine Observation ihrer Versicherten. Der Unterschied zu anderen Sozialversicherungsträgern, z.B. den Unfallversicherern, besteht darin, dass auf die Pensionskassen das ATSG nicht anwendbar ist. Die Nichtanwendbarkeit des ATSG führt aber keineswegs zum Wegfall des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage. Vielmehr müsste im BVG eine separate gesetzliche Grundlage geschaffen werden, ansonsten den Pensionskassen für die Durchführung der beruflichen Vorsorge dieses Instrument nicht zur Verfügung steht. Falls der Gesetzgeber der Ansicht ist, dass auch Pensionskassen observieren können sollen, wäre es sinnvoll, eine entsprechende Regelung im laufenden Gesetzgebungsverfahren einzubringen.

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 8C_192/2017 vom 25. August 2017 E. 5.4.

⁶⁷ HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, § 1, Rz. 10; ROMAN SCHNYDER, Das nichtstreitige Verfahren in der beruflichen Vorsorge, Diss., Fribourg, Aachen 1996, 47 ff., insb. 49, 52; GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012, § 2, Rz. 17, qualifizieren das Versicherungsverhältnis im Obligatoriumsbereich als «mehr oder weniger» öffentlich-rechtlich», weshalb der obligatorische Bereich jedenfalls dem Bundessozialversicherungsrecht zugeordnet werden könne.

III. Observationen im Privatrecht

A. Art. 28 ZGB als Schutznorm der Persönlichkeit

[Rz 54] An dieser Stelle soll einleitend kurz aufgezeigt werden, wie sich die Rahmenbedingungen für Observationen im Privatrecht gestalten.⁶⁸ Relevant sind diese Regeln v.a. für die Privatversicherungen (Haftpflicht-, Krankentaggeld- und Unfallzusatzversicherung).

[Rz 55] Während Private gegenüber dem Staat gestützt auf den Grundrechtsschutz in Art. 13 der Bundesverfassung (BV; SR 101) / Art. 8 EMRK über einen unmittelbaren Abwehranspruch verfügen, wird die Privatsphäre und die Persönlichkeit unter Privaten nicht direkt durch die Grundrechte geschützt (keine direkte Drittwirkung bzw. keine Grundrechtsbindung der Privaten).⁶⁹ Indirekt trifft den Gesetzgeber aber die Pflicht, für einen Privatsphären- und Persönlichkeitsschutz unter Privaten besorgt zu sein.⁷⁰ In diesem Sinne bildet Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) einen zentralen Teil der bundesgesetzlichen Umsetzung der verfassungsmässig geschützten Rechtsgüter im Bereich der Privatsphäre mit Wirkung unter Privaten.⁷¹

[Rz 56] Art. 28 ZGB sieht dabei ein zweistufiges Prüfschema vor. In einem ersten Schritt muss festgestellt werden, ob eine Handlung die Persönlichkeit eines Privaten verletzt hat. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob ein Rechtfertigungsgrund für die Verletzung vorliegt.⁷² Ist dies nicht der Fall, handelt es sich um eine widerrechtliche Verletzung, gegen die auf Beseitigung, Unterlassung, Feststellung der Widerrechtlichkeit, Schadenersatz und Genugtuung geklagt werden kann (Art. 28a ZGB).

[Rz 57] Um im ersten Schritt feststellen zu können, ob eine Verletzung der Persönlichkeit vorliegt, bedient sich das Zivilrecht des sog. Drei-Sphären-Modells.⁷³ Dabei werden die Lebensbereiche in drei Sphären eingeteilt: Die Geheim-, die Privat- und die Öffentlichkeitssphäre. Die genaue Abgrenzung dieser drei Sphären ist in Detailfragen umstritten und die Darlegung der entsprechenden Einzelheiten würde an dieser Stelle zu weit führen.

[Rz 58] Grob aufgeteilt, lassen sich den drei Sphären folgende Lebensbereiche zuordnen:

- *Geheimsphäre*: Zur Geheimsphäre werden diejenigen Bereiche gezählt, die der Kenntnis aller anderen Leute entzogen sein sollen, mit Ausnahme jener Personen, denen diese Tatsachen besonders anvertraut wurden. Dazu zählen z.B. familiäre Angelegenheiten, Sex, praktizierte Religion sowie körperliche Gebrechen, Leiden und Krankheiten.⁷⁴
- *Öffentlichkeitssphäre*: Der Öffentlichkeitssphäre werden die meisten Lebensbereiche zugeschrieben, die sich im öffentlichen Raum abspielen und von jedermann wahrgenommen werden können.

⁶⁸ Ausführlich AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 13 ff.

⁶⁹ OLIVER DIGGELMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, N 9 zu Art. 13 BV; BERNHARD WALDMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, N 18 zu Art. 35 BV.

⁷⁰ DIGGELMANN (Fn. 69), N 9 zu Art. 13 BV; WALDMANN (Fn. 69), N 45 zu Art. 35 BV.

⁷¹ Z.B. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 54.

⁷² BGE 136 III 410 E. 2.2.1; STEPHAN FUHRER, Privatdetektiv, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts Urteil 5A_57/2010 vom 2.7.2010; Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, in: HAVE 4/2010, 362 f.

⁷³ Ausführlich zum Drei-Sphären-Modell AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 13 ff.; ANDREAS MEILI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I., Art. 1–456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014, N 23 ff. zu Art. 28 ZGB.

⁷⁴ BGE 97 II 97 E. 3 S. 101; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 21.; MEILI (Fn. 73), N. 24 f. zu Art. 28 ZGB.

nen. Der Öffentlichkeitssphäre zugeordnet werden auch Tätigkeiten und Äusserungen, die von der Person selber publik gemacht wurden und *wahrgenommen werden sollen*.⁷⁵

- *Privatsphäre*: Die Privatsphäre ist zwischen der Geheim- und der Öffentlichkeitssphäre situiert und ist erfahrungsgemäss am schwersten zu erfassen. Zu ihr zählen alle jene Lebensäusserungen, die der Einzelne mit einem begrenzten, ihm relativ nahe verbundenen Personenkreis teilen will. Die Äusserungen sind zwar nicht geheim, sie sind aber auch *nicht dazu bestimmt*, einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden.⁷⁶

B. Persönlichkeitsverletzungen durch Observation in allen Sphären möglich

[Rz 59] Gemäss dem Prüfschema von Art. 28 ZGB muss zunächst die Frage geklärt werden, in welcher Sphäre eine Observation als Verletzung gilt, d.h. rechtfertigungspflichtig wird, um nicht widerrechtlich zu sein.

[Rz 60] Ohne weiteres verletzt ist die Persönlichkeit, wenn Tatsachen aus der Geheimsphäre observiert werden.⁷⁷ Auch die Beobachtung von Tätigkeiten aus der Privatsphäre einer Person ohne deren Einwilligung verletzt Art. 28 ZGB.⁷⁸ Dagegen stellt die Kenntnisnahme von Tätigkeiten, die sich in der Öffentlichkeit abspielen, grundsätzlich keine Verletzung der Privatsphäre dar. Davon bestehen allerdings zwei gewichtige, im vorliegenden Zusammenhang massgebliche Ausnahmen:

- *Fotografie und Film*: In dem Moment, in dem die Zielperson in einer Art und Weise fotografiert oder gefilmt wird, die ihre Identifizierbarkeit zulassen, gilt die Persönlichkeit (das Recht am eigenen Bild) der Zielperson jedenfalls als verletzt.⁷⁹
- *Systematisches Sammeln von Informationen*: Rechtsprechung und Lehre bejahen eine Persönlichkeitsverletzung bereits dann, wenn durch das systematische Sammeln und Verknüpfen vieler (alltäglicher) Verrichtungen in der Öffentlichkeit eine Art Profil erstellt wird (Tagesablauf, Gewohnheiten).⁸⁰

[Rz 61] Bei Observationen durch einen Privatdetektiv dürften häufig gleich beide Ausnahmen erfüllt sein. Insbesondere dürfte es in der Praxis keine Observationen ohne Fotografie und/oder Filmaufnahmen zwecks Beweissicherung geben. Damit ist jede Observation als Verletzung der Persönlichkeitsrechte zu werten und bedarf folglich – wie im öffentlichen Recht – einer Rechtfertigung.

⁷⁵ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 22.; MEILI (Fn. 73), N. 27 zu Art. 28 ZGB.

⁷⁶ BGE 97 II 97 E. 3 S. 101; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 23.; MEILI (Fn. 73), N. 26 zu Art. 28 ZGB.

⁷⁷ BGE 136 III 410 E. 2.2.2; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 21.

⁷⁸ BGE 136 III 410 E. 3.4 f.; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 23.

⁷⁹ BGE 136 III 410 E. 2.2.2; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 27 f.; FUHRER (Fn. 72), 362.

⁸⁰ BGE 136 III 410 E. 3.4; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 26; HEUSSER (Fn. 5), Rz. 43.

C. Rechtfertigungsgründe

1. Gesetzliche Grundlage

[Rz 62] Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB kann eine Persönlichkeitsverletzung durch eine gesetzliche Grundlage gerechtfertigt werden. Zu denken ist dabei an gesetzlich statuierte Amts- und Berufspflichten oder freiheitsentziehende fürsorgerische Massnahmen.⁸¹

[Rz 63] Im Bereich des Privatversicherungsrechts ist indes keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, die es dem Privatversicherer explizit gestatten würde, seine Versicherten oder (anspruchsberechtigte) Dritte zu observieren.⁸²

2. Exkurs: Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Privatversicherer? – Urteil 1B_75/2017 vom 16. August 2017 (zur Publikation vorgesehen)

[Rz 64] Beim Titel dieses Exkurses dürfte sich manche Leserin und mancher Leser verwundert die Augen reiben. Die Tatsache, dass keine ausdrückliche Gesetzesgrundlage für die Durchführung von Observationen durch den Privatversicherer besteht, bedeutet ja noch nicht, dass eine solche gesetzliche Grundlage erforderlich wäre. Nach (bisheriger) Auffassung benötigt der Privatversicherer keine gesetzliche Grundlage, dient doch das überwiegende öffentliche oder private Interesse ebenfalls als Rechtfertigungsgrund für die Privatversicherer.⁸³

[Rz 65] Im Urteil 1B_75/2017 hatte nun aber eine Motorfahrzeughaftpflichtversicherung einen Geschädigten zwischen 2006 und 2013 mehrfach durch Privatdetektive systematisch im öffentlichen Raum observieren lassen. Gestützt auf die Observationsergebnisse erstattete die Versicherung Anzeige wegen mutmasslichen Versicherungsbetrugs. Prozessual handelte es sich beim genannten Urteil um ein solches zu einer Beschwerde gegen ein Entsiegelungsgesuch im Strafprozess, weshalb die dafür *zuständige I. öffentlich-rechtliche Abteilung* des Bundesgerichts in einem *Strafverfahren* die Rechtmässigkeit der *privatrechtlich erlangten Beweismittel* zu prüfen hatte.

[Rz 66] Das Bundesgericht führte aus, dass sich die Haftpflichtversicherung im von ihr angestossenen Strafverfahren als Privatklägerin konstituiert habe, wodurch sie Partei im Verfahren sei (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Die Privatklägerschaft dürfe zwar eigene, im Rahmen der Rechtsordnung zulässige Beweismittel bei der Verfahrensleitung einreichen. Zwangsmassnahmen dürften jedoch laut Art. 198 Abs. 1 StPO grundsätzlich nur durch die Staatsanwaltschaft, die Gerichte und in den gesetzlich vorgesehenen Fällen durch die Polizei verfügt werden. Die wenigen Fälle, in denen Private ausnahmsweise Zwangsmassnahmen anwenden dürfen, würden in der StPO ausdrücklich geregelt. Observationen im Sinne von Art. 282 StPO zählten nicht dazu.⁸⁴ Das Gericht folgerte weiter, dass die systematische Überwachung durch Privatdetektive im Ergebnis einer Observation durch Strafverfolgungsbehörden und damit einer Zwangsmassnahme gleichkomme. Da das Gesetz solche privaten Observationen nicht vorsehe, verletzen die erfolgten Eingriffe in die Grundrechte die Bundesverfassung und die StPO. Der Praxis des EGMR und des Bundesgerichtes

⁸¹ MEILI (Fn. 73), N 47 zu Art. 28 ZGB.

⁸² Urteil des Bundesgerichts 1B_75/2017 vom 16. August 2017 E. 4.1, zur Publikation vorgesehen; gl.M. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 38.

⁸³ BGE 136 III 410 E. 2.2.3, 4.1; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 31; a.M. STOLKIN (Fn. 5), Rz. 42.

⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 1B_75/2017 vom 16. August 2017 E. 4.2, zur Publikation vorgesehen.

sei somit auch im Strafprozessrecht grundsätzlich Rechnung zu tragen.⁸⁵ Im Ergebnis kam das Gericht zum Schluss, dass die vorliegenden Observationsergebnisse rechtswidrig erhoben worden seien, weil keine ausreichende gesetzliche Grundlage vorgelegen habe.⁸⁶

[Rz 67] Dieser zur Publikation vorgesehene Leitentscheid dürfte noch für einigen Diskussionsstoff sorgen, da er die bisherige strikte Trennung der Observationserfordernisse im Strafrecht (bzw. öffentlichen Recht) und im Privatrecht gänzlich – und nur schwer nachvollziehbar – neu beurteilt.

[Rz 68] Das Bundesgericht stellt sich in diesem Entscheid auf den Standpunkt, dass der Haftpflichtversicherer an die StPO gebunden ist, weil er als Privatkläger Partei im Verfahren (geworden) ist. Nach unserer Einschätzung erscheint diese Rechtsprechung aus folgenden Gründen wenig Kohärenz mit der übrigen Rechtsordnung und Rechtsprechung aufzuweisen:

- Inhaltlich erscheint uns primär die Ausweitung des Anwendungsbereichs der StPO auf Privatversicherer nicht zu rechtfertigen. Die StPO regelt die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten durch die Strafbehörden (Art. 1 StPO). Sie bindet somit die Staatsanwaltschaften und die Gerichte, nicht aber Private. Die Schlussfolgerung des Bundesgerichts, dass Observationen von Privatkägern in der StPO nicht vorgesehen und daher nicht zulässig seien, erscheint uns daher zu kurz gegriffen. Zwar ist es richtig, dass die StPO an zwei Stellen die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen durch Private ausdrücklich regelt. Dabei handelt es sich um die vorläufige Festnahme (Art. 218 StPO) sowie die Sicherstellung von Gegenständen und Vermögenswerten (Art. 263 Abs. 3 StPO) durch Privatpersonen bei Gefahr in Verzug. Nach Ansicht des Bundesgerichts sind dies die einzigen beiden «Zwangsmassnahmen», die durch Private vorgenommen werden dürfen. Die vorläufige Festnahme sowie die Sicherstellung von Gegenständen und Vermögenswerten dürften aber nach unserer Einschätzung nicht deshalb in der StPO geregelt sein, weil sie die einzigen, zulässigen Mittel zur Beweiserhebung durch Private darstellen, *sondern weil sie an sich strafbar sind*. Das vorläufige Festhalten durch Zwang gegen den Willen des Betroffenen kann eine Freiheitsberaubung (Art. 183 StGB), die Wegnahme von Gegenständen und Vermögenswerten gegen den Willen des Eigentümers eine unrechtmässige Aneignung (Art. 137 StGB) oder Sachentziehung (Art. 141 StGB) darstellen. Der Gesetzgeber hat also in der StPO diejenigen Handlungen durch Private geregelt, welche diese ansonsten nicht straffrei ausüben könnten. Die Observation im öffentlichen Raum ist aber – sofern der Schutzbereich von Art. 179^{quater} StGB nicht betroffen ist – nicht strafbar. Es erstaunt deshalb wenig, dass der Gesetzgeber diese für Private legale Massnahme nicht explizit in der StPO aufgeführt hat. Für die Staatsanwaltschaft hingegen muss die Observation gesetzlich geregelt sein, da der Staatsanwalt als grundrechtsgebundener Vertreter des Staates eine gesetzliche Grundlage für sein Handeln benötigt. Im Umkehrschluss kann aber nicht verlangt werden, dass sich Private auf eine ausdrückliche Ermächtigung bzw. einen Rechtfertigungsgrund in der StPO berufen können müssen, wenn ihre Handlung nicht verboten ist.⁸⁷
- Interessant ist, dass *die zivilrechtliche Abteilung* des Bundesgerichts in jüngeren Entscheidungen betont hat, dass der private Krankentaggeldversicherer nach VVG nicht an den EGMR-

⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 1B_75/2017 vom 16. August 2017 E. 4.2, zur Publikation vorgesehen.

⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 1B_75/2017 vom 16. August 2017 E. 4.3 erster Satz, zur Publikation vorgesehen.

⁸⁷ A.M. Stolkin (Fn. 5), Rz. 20.

Entscheid i.S. Vukota-Bojić gebunden sei und folglich keiner gesetzlichen Grundlage für eine Observation bedürfe.⁸⁸ Dies mit der Begründung, es sei nicht erkennbar, inwiefern die zu beurteilende Observation durch eine private Versicherungsgesellschaft in einer privatrechtlichen Streitigkeit ein dem Staat zuzurechnender Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens darstellen soll.⁸⁹

- Formal betrachtet könnte eingebracht werden, dass die Observationsergebnisse zu einem Zeitpunkt entstanden sind, in dem die Haftpflichtversicherung noch gar nicht Partei im Strafverfahren sein konnte, weil dieses noch nicht eröffnet war. Die Haftpflichtversicherung konnte also im Zeitpunkt der Observation gar noch nicht wissen, dass sie später der StPO unterstehen würde. Es kommt gewissermassen zu einer «rückwirkenden» Anwendung der Regeln der StPO.
- Die Ausführungen des Bundesgerichts lassen sodann offen, ob es sich mit den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage der Haftpflichtversicherung anders verhalten würde, wenn sich diese nicht als Privatklägerin konstituiert, sondern lediglich Anzeige erstattet hätte. Der im Raum stehende Betrug wäre als Officialdelikt auch dann von Amtes wegen zu untersuchen gewesen. In diesem Fall wäre die Haftpflichtversicherung aber nicht Partei im Verfahren und die Erhebung der privaten Observationsergebnisse hätte ohne Parteistellung schwerlich den Regeln der StPO unterstellt werden können. Auch in diesem Punkt erscheint die Rechtsprechung wenig schlüssig, da das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für den Privatversicherer kaum davon abhängig gemacht werden kann, ob sich dieser als Privatkläger dem ohnehin zu führenden Strafprozess anschliesst oder nicht. Der Haftpflichtversicherer hätte es gewissermassen in der eigenen Hand, ob seine Observationsergebnisse rechtmässig oder widerrechtlich sind.

3. Einwilligung und Interessenabwägung

[Rz 69] Nebst einer gesetzlichen Grundlage kommen gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB als Rechtfertigungsgründe für eine Persönlichkeitsverletzung die Einwilligung der betroffenen Person oder ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse in Betracht.

[Rz 70] Dabei fällt die Einwilligung der betroffenen Person weg, da der Sinn der Observation gerade darin besteht, dass die Zielperson keine Kenntnis von deren Durchführung hat. Ohne Kenntnis des Eingriffs kann aber nicht in diesen eingewilligt werden.⁹⁰

[Rz 71] In der Praxis ist somit das überwiegende private Interesse des Privatversicherers der häufigste Rechtfertigungsgrund für eine Observation.⁹¹ Das Bundesgericht bestätigt regelmässig, *dass das private Interesse des Haftpflichtversicherers an der Verhinderung von Versicherungsmissbrauch eine Observation im öffentlichen Raum rechtfertigt.*⁹²

⁸⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_110/2017 vom 27. Juli 2017, in: ius.focus 9/2017, 15.

⁸⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_110/2017 vom 27. Juli 2017 E. 5.2, in: ius.focus 9/2017, 15; CATHERINE MARIANNE WALDENMEYER, Observationen durch Haftpflichtversicherer: rechtmässig oder nicht?, Folgen des EGMR-Urteils vom 18.10.2016 (Vukota-Bojić vs. Switzerland), in: HAVE 3/2017, 284 ff., 288, 292 f., spricht sich mit derselben Begründung gegen eine Anwendung auf die Haftpflichtversicherer aus.

⁹⁰ ALIOTTA (Fn. 24), 213.

⁹¹ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 31 ff.; ALIOTTA (Fn. 24), 213; WALDENMEYER (Fn. 89), 289.

⁹² BGE 136 III 410 E. 4.1; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 31 ff., insbesondere Rz. 34; FUHRER (Fn. 28), 36; WALDENMEYER (Fn. 89), 289.

4. Absolute Grenzen der Observation im Privatrecht?

a) Tatsachen des Geheimbereichs

[Rz 72] Für den Haftpflichtversicherer ist wichtig zu wissen, ob seinen Observationsbefugnissen absolute Grenzen gesetzt sind. Dabei ist zu präzisieren, dass es vor allem um die Frage geht, wie weit die Interessenabwägung als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann.

[Rz 73] In Lehre und Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten, dass das Beobachten und die Kenntnisnahme von Tatsachen aus dem Geheimbereich ohne Einwilligung der betroffenen Person absolut verboten sein sollen.⁹³ Auf den ersten Blick leuchtet diese Meinung ein: An Tatsachen, die derart persönlich sind, dass sie die betroffene Person grundsätzlich der Kenntnisnahme Dritter entziehen will, kann ein solcher Dritter kein überwiegendes Interesse geltend machen, da ansonsten der Schutzwille des Betroffenen von der Rechtsordnung nicht genügend respektiert wird. Bei näherer Betrachtung ergeben sich aber schwierige Abgrenzungsprobleme, insbesondere wenn geheime Tätigkeiten (z.B. Krankheiten, Sex, rituelle Praktiken) in der Öffentlichkeit zu Tage treten.⁹⁴ Häufig sollen mit Observationen ja gerade das sichtbare Krankheitsbild, Gebrechen oder Störungen der betroffenen Person überprüft werden. Dabei scheint es unausweichlich, dass solche – an sich zum Geheimbereich zählende – Lebenssachverhalte gegen den Willen der betroffenen Person beobachtet und aufgezeichnet werden. Mindestens aus der Optik des Sozialversicherungsrechts stellt sich damit die Frage nach der Praktikabilität des Beobachtungsverbots von Tatsachen aus dem Geheimbereich, die sich in der Öffentlichkeit abspielen.

b) Strafrecht als absolute Grenze der Interessenabwägung?

[Rz 74] Privatrecht und Strafrecht bedienen sich für die Umschreibung des Persönlichkeits- und Privatsphärenschutzes derselben Drei-Sphären-Theorie, bestehend aus Geheim-, Privat- und Öffentlichkeitsbereich.

[Rz 75] Bezüglich Observation ist in beiden Rechtsgebieten der *Geheimbereich* einer Person grundsätzlich unantastbar. Im Privatrecht gilt dies – zumindest nach der vorstehend referierten Ansicht – absolut. Im Strafrecht bestehen dagegen für die Überwachung im Geheimbereich spezielle Vorschriften, u.a. ist für eine solche immer eine richterliche Genehmigung erforderlich. Auch im öffentlichen Raum bestehen keine Divergenzen zwischen den beiden Rechtsgebieten. Der Staatsanwalt darf gestützt auf Art. 282 StPO observieren und auch der Privatversicherer darf im öffentlichen Raum beobachten, weil es nicht strafbar ist und weil er in der Regel ein überwiegendes privates Interesse geltend machen kann.

[Rz 76] Im *Privatbereich* kommt es aber zu Divergenzen zwischen den beiden Rechtsgebieten. Aus Sicht des Privatrechts wäre eine Observation in der Privatsphäre einer Person nicht absolut verboten und allenfalls durch ein überwiegendes privates Interesse zu rechtfertigen.⁹⁵ Aus Sicht des Strafrechts sind Eingriffe in die Privatsphäre einer Person aber aufgrund von Art. 179^{quater} StGB verboten. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht den Schutzbereich von Art. 179^{quater} StGB auch auf die unmittelbare Umgebung eines Hauses (Eingang, Briefkas-

⁹³ Vgl. BGE 136 III 410 E. 3.3 m.w.H.; AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 21.

⁹⁴ Vgl. BGE 136 III 410 E. 3.3, die Frage offengelassen, wie es sich mit der Kenntnisnahme eines epileptischen Anfalls (Geheimbereich) verhalten hätte, wenn sich dieser im öffentlichen Raum ereignet hätte.

⁹⁵ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 23.

ten) ausdehnt, und zwar *unabhängig vom allfälligen Vorhandensein einer Umfriedung*, kann eine Observation durch eine Privatversicherung den Tatbestand von Art. 179^{quater} StGB ohne Weiteres erfüllen. Bei einer solchen Konstellation fragt sich nun, welches Rechtsgebiet dem anderen vorgeht.

[Rz 77] In der Lehre finden sich vereinzelte Stimmen, die in diesen Situationen Art. 14 StGB als Rechtfertigungsgrund anrufen wollen. Gemäss Art. 14 StGB ist die Handlung einer Person gerechtfertigt und damit nicht strafbar, wenn ihre Handlung durch ein anderes Gesetz für erlaubt erklärt wird. Könnte sich der Privatversicherer auf ein überwiegendes privates Interesse berufen, so gelte die Observation *gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB als erlaubt*, weshalb dieselbe Handlung nicht nach Art. 179^{quater} StGB bestraft werden könne.⁹⁶

[Rz 78] Nachfolgend soll untersucht werden, ob eine als Rechtfertigungsgrund zulässige Interessenabwägung (Art. 28 Abs. 2 ZGB) als «gesetzliche Erlaubnis» i.S.v. Art. 14 StGB gilt. Folgende Punkte scheinen uns dabei relevant zu sein:

- In der (strafrechtlichen) Lehre werden unter den Wortlaut von Art. 14 StGB «wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt», primär *ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen* subsumiert.⁹⁷ Früher ausdrücklich genannt waren die Berufs- und Amtspflichten, sofern sie Eingriffsbefugnisse verleihen.⁹⁸ Die Ansicht, dass die in Art. 28 Abs. 2 ZGB statuierte Interessenabwägung die Strafbarkeit einer Handlung durchbricht, war nicht anzutreffen.
- Von der Lehre zusätzlich anerkannt und häufig Art. 14 StGB zugeordnet wird der Rechtfertigungsgrund der «Wahrnehmung berechtigter Interessen».⁹⁹ Dabei geht es allerdings um die Kollision zwischen strafbewehrten Handlungen und der (rechtmässigen) Ausübung von verfassungsmässig garantierten Freiheitsrechten (z.B. Ehrverletzungsdelikte vs. Meinungsäusserungsfreiheit).¹⁰⁰ Der hier diskutierte Fall dürfte nicht unter die Fallgruppen der «Wahrnehmung berechtigter Interessen» subsumierbar sein, da die Privatversicherungen die Observation nicht zur Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts benötigen. Wertvoll sind die Lehrmeinungen zum Rechtfertigungsgrund aber dennoch. Die Lehre gibt nämlich zu Bedenken, dass ein Rechtfertigungsgrund, der einzig auf einem überwiegenden Interesse beruhte, nicht ungefährlich sei. Die Vorstellung, dass eine «allgemeine Interessenabwägung» bzw. «Interessenquantitäten» an die Stelle der gesetzlich normierten Strafbarkeit gestellt werden, würde der Rechtsordnung fundamental zuwiderlaufen.¹⁰¹ Es bestünde die Gefahr, dass die Grenzen strafbaren Verhaltens aufgelöst werden.¹⁰² Auch das Bundesgericht sieht eine Gefahr darin, dass «unter pauschaler Berufung auf schutzbedürftige private oder öffentliche Interessen der strafrechtliche Rechtsgüterschutz ausgehöhlt und unterlaufen werden könnte».¹⁰³

⁹⁶ Die These erschaffen haben AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 100; vgl. WALDENMEYER (Fn. 89), 291 f., welche die These (ohne inhaltliche Auseinandersetzung) übernommen hat.

⁹⁷ GÜNTER STRATENWERTH/GÜNTER WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Stämpfli Handkommentar, 3. Auflage, Bern 2013, N 1 zu Art. 14 StGB; KURT SEELMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, 3. Auflage, Basel 2013, N. 7 ff. zu Art. 14 StGB; STEFAN TRECHSEL/CHRISTOPHER GETH, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2012, N. 2 zu Art. 14 StGB.

⁹⁸ Z.B. SEELMANN (Fn. 97), N. 7 ff. zu Art. 14 StGB.

⁹⁹ Z.B. SEELMANN (Fn. 97), N. 25 ff. zu Art. 14 StGB.

¹⁰⁰ SEELMANN (Fn. 97), N. 25 zu Art. 14 StGB; TRECHSEL/GETH (Fn. 97), N. 13 zu Art. 14 StGB.

¹⁰¹ SEELMANN (Fn. 97), N. 26 zu Art. 14 StGB, m.w.H.

¹⁰² ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, 264.

¹⁰³ BGE 129 IV 6 E. 3.3 S. 15.

- Diese Kritik an der Vorrangstellung der Interessenabwägung gilt nach unserer Einschätzung auch für die Abgrenzungsproblematik im Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 2 ZGB. Der Gesetzgeber hat bereits eine Interessenabwägung vorgenommen, in dem er Eingriffe in die Privatsphäre in Art. 179^{quater} StGB unter Strafe gestellt hat. Ausnahmen von dieser Strafbarkeit können deshalb u.E. nur vom Gesetzgeber selbst vorgenommen werden, und zwar *in der Form ausdrücklicher gesetzlicher Eingriffsbefugnisse*. Nicht zulässig kann sein, dass anstelle der gesetzlichen Strafbarkeit eine Interessenabwägung des Richters – oder wo es keinen solchen gibt, des Privatversicherers – tritt.
- Die Interessenabwägung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB bei einer Observation ist letztlich davon abhängig, wieviel Gewicht den Interessen des Privatversicherers zugebilligt und als wie stark der Eingriff in die Rechte des Observierten betrachtet werden. Der Ausgang einer Interessenabwägung ist nie vorhersehbar, da ihr eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls inhärent ist. Würde nun die Strafbarkeit ebenfalls von derselben Interessenabwägung abhängen, würde dies bedeuten, dass dem materiellen Recht im Vorhinein nicht mehr ausdrücklich entnommen werden kann, ob eine Handlung strafbar oder straffrei ist, was dem Sinn des Strafrechts diametral entgegenläuft.
- Eine solche Betrachtungsweise führt letztlich auch zu einer stark dezisionistisch geprägten Haltung: Der Privatversicherer wird ein überwiegendes privates Interesse nicht nur schon immer bejahen, weil er Missbrauch verhindern will, sondern auch deshalb, weil seine eigene Strafbarkeit einzig von dieser Abwägung abhängt.

[Rz 79] Aufgrund dieser Überlegungen ist die Ansicht abzulehnen, dass eine Interessenabwägung gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB gleichzeitig eine gesetzliche Erlaubnis i.S.v. Art. 14 StGB darstellt. Der ausdrückliche Gesetzeswortlaut in Art. 179^{quater} StGB muss einer Interessenabwägung im Zivilrecht vorgehen. Im Übrigen ist auch die (strafrechtliche) Lehre der Ansicht, dass im strafrechtlich geschützten Privatbereich keine Überwachungen mit Bildaufnahmen zum Zweck der Abklärung über die Berechtigung von Versicherungsleistungen erlaubt sind.¹⁰⁴

IV. Verwertung rechtswidrig erlangter Observationsergebnisse

A. Bedeutung von Beweisverwertungsverböten

[Rz 80] Häufig wird beim Thema Observation nur die materiell-rechtliche Seite genauer betrachtet, d.h. die Voraussetzungen für deren Zulässigkeit, nicht aber die prozessuale Um- und Durchsetzung dieser materiell-rechtlichen Vorgaben.¹⁰⁵ Der Umgang mit widerrechtlich erlangten Beweisen, d.h. deren prozessuale Verwertbarkeit, ist im Privat-, Sozialversicherungs- und Strafrecht unterschiedlich geregelt, was nachfolgend genauer betrachtet werden soll. In Zentrum stehen dabei die Verwertungsverböte.

[Rz 81] Ein Verwertungsverbot bedeutet, dass ein Beweismittel im Verfahren nicht zugelassen wird, weil es in (evtl. strafbarer) Missachtung der Rechtsordnung erlangt wurde. Es kann dazu führen, dass eine an sich inhaltlich bewiesene Straftat oder ein aufgedeckter unrechtmässiger

¹⁰⁴ Z.B. PETER VON INS/RENÉ WYER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Auflage, Basel 2013, N 14 zu Art. 179^{quater} StGB.

¹⁰⁵ Z.B. WALDENMEYER (Fn. 89), 291.

Leistungsbezug nicht geahndet werden kann, weil sich die zuständige Behörde selber widerrechtliches Handeln vorwerfen lassen muss.

[Rz 82] Beweisverwertungsverbote verfolgen, unabhängig von der jeweiligen Rechtsordnung, in der sie bestehen, drei Ziele:

- Sie sollen die Einzelnen davor schützen, dass zu ihren Gunsten statuierte Rechte (z.B. Grundrechte, Verfahrensrechte) auf dem prozessualen Weg umgangen werden. *Das materielle Recht mit allen seinen Voraussetzungen und Anforderungen ist immer nur so stark, wie es prozessual als verbindlich deklariert wird.* Aus Sicht der Einzelnen helfen Verwertungsverbote, ein faires Verfahren sicherzustellen.¹⁰⁶
- Weiter schützen Verwertungsverbote auch die Rechtsordnung und den Rechtsstaat als solche. Beweisverwertungsverbote sind die Konsequenz dessen, dass die vom Gesetzgeber aufgestellten Regeln zur Beweiserhebung als verbindlich anerkannt werden und dass die (demokratisch) festgelegten Grenzen zu akzeptieren sind.¹⁰⁷ Nichts anderes fordert man letztlich auch vom Observierten.¹⁰⁸
- Schliesslich sollen Beweisverwertungsverbote auch die Behörden ein Stück weit «disziplinieren».¹⁰⁹ Auch wenn dies nicht den primären Zweck von Beweisverwertungsverböten bildet, kann nicht in Abrede gestellt werden, dass von ihnen eine starke präventive Wirkung ausgeht:¹¹⁰ Je strikter das Verwertungsverbot, desto genauer halten sich die Behörden an die ihnen auferlegten Regeln, da die Gefahr eines vergeblich durchgeführten Abklärungsverfahrens umso grösser ist.

B. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel im Privatrecht

[Rz 83] Im Privatrecht wird die Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise in Art. 152 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) geregelt. Dieser hält fest, dass rechtswidrig beschaffte Beweise grundsätzlich nicht verwertbar sind.¹¹¹ Ausnahmsweise dürfen widerrechtlich erlangte Beweise im Zivilprozess jedoch verwertet werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Im Zentrum steht somit einzig eine Interessenabwägung. Dabei wird das Schutzinteresse des verletzten Rechtsgutes gegen das Interesse an der Wahrheitsfindung abgewogen.¹¹² Das Privatrecht bedient sich dazu verschiedener «grober Leitlinien», z.B. dass die physische oder psy-

¹⁰⁶ SABINE GLESS, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 24 zu Art. 139 StPO, N 6 zu Art. 141 StPO.

¹⁰⁷ GLESS (Fn. 106), N 6 zu Art. 141 StPO; FRANZ HASENBÖHLER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Prozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, N 34 zu Art. 152 ZPO; WOLFGANG WOHLERS, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, 1P.570/2004, (BGE 131 I 272), in: AJP 5/2006, 627 ff., 629.

¹⁰⁸ Man spricht hier auch von der sog. «sittlichen Überlegenheit» des Staates, wonach der Staat nicht Unrecht mit Unrecht bekämpfen können soll (GLESS [Fn. 106], N 26 zu Art. 139 StPO).

¹⁰⁹ GLESS (Fn. 106), N 6 zu Art. 141 StPO.

¹¹⁰ GLESS (Fn. 106), N 27 zu Art. 139 StPO.

¹¹¹ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 44; PETER GUYAN, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 10 zu Art. 152 ZPO; HASENBÖHLER (Fn. 107), N 36 zu Art. 152 ZPO.

¹¹² GUYAN (Fn. 111), N 13 f. zu Art. 152 StPO; HASENBÖHLER (Fn. 107), N 36 zu Art. 152 ZPO.

chische Integrität höher zu gewichten ist als materielle Werte.¹¹³ Es wird zudem argumentiert, dass der Gesetzgeber gewisse Handlungen unter Strafe gestellt habe (z.B. Art. 179^{quater} StGB), was ein zusätzlicher Anhaltspunkt für ein Interesse gegen die Verwertung sein könne.¹¹⁴

[Rz 84] Da es im Privatrecht – anders als im Strafrecht – keine gesetzliche Regelung der zulässigen Beweiserhebungsmethoden gibt, muss man sich bei der Frage der Verwertbarkeit nicht fragen, ob das Beweismittel überhaupt «ZPO-konform» hätte erlangt werden können.¹¹⁵ Stattdessen kann direkt eine Interessenabwägung vorgenommen werden.

[Rz 85] Bei der Observation besteht im Privatrecht nun die Besonderheit, dass deren *Zulässigkeit und prozessuale Verwertbarkeit faktisch zusammenfallen*. Mangels einer gesetzlichen Grundlage oder Einwilligung für die Observation kommt als Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB lediglich ein überwiegendes privates Interesse – das heisst: eine «gewonnene» Interessenabwägung – in Betracht.¹¹⁶ Damit ein widerrechtlich erlangtes Beweismittel vorliegt, hätte die (erste) Interessenabwägung im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 ZGB zu Ungunsten des Privatversicherers ausfallen müssen. War dies der Fall, ist kaum ein Fall denkbar, in dem bei der Frage der Verwertbarkeit, d.h. im Rahmen einer (zweiten), inhaltlich gleichgelagerten Interessenabwägung gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO, das Interesse des Privatversicherers plötzlich überwiegen sollte.¹¹⁷

[Rz 86] Das Zivilprozessrecht regelt die Verwertbarkeit von widerrechtlichen Beweismitteln somit sehr rudimentär über eine Interessenabwägung im Einzelfall. Dies kann zumindest für Observationen des Privatversicherers insofern als «kohärent» bezeichnet werden, als sich auch die Zulässigkeit solcher Observationen nur nach der(selben) Interessenabwägung richtet. Insbesondere bestehen im Privatrecht keine gesetzlich ausdrücklich festgelegten Grenzen der Beweiserhebung, gegen die ein Privater verstossen könnte und die durch (restriktivere) Beweisverwertungsverbote geschützt werden müssten.

C. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel im Strafrecht

1. Höhere Hürden als im Zivilrecht

[Rz 87] Das Strafprozessrecht regelt die Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel in Art. 141 StPO. Art. 141 Abs. 1 StPO verbietet, in Verbindung mit Art. 140 StPO, jeden Einsatz von Gewalt, Zwang, Drohung, Täuschung, Versprechen sowie sonstige Beeinträchtigungen der Denkfähigkeit oder Willensfreiheit. Auf solche Art erhobene Beweismittel sind absolut unverwertbar. Da bei Observationen, auch wenn sie widerrechtlich durchgeführt werden, wohl selten Zwang oder Gewalt im Spiel sind (denkbar wäre eher noch ein täuschendes oder versprechendes Verhalten des Observators), ist im vorliegenden Kontext v.a. Art. 141 Abs. 2 StPO von Bedeutung.

[Rz 88] Art. 141 Abs. 2 StPO statuiert ein *grundsätzliches Beweisverwertungsverbot von widerrechtlich erlangten Beweismitteln*.¹¹⁸ Da die StPO viele Beweiserhebungsregeln enthält, gegen welche

¹¹³ HASENBÖHLER (Fn. 107), N 36 zu Art. 152 ZPO, m.V.a. BBl 2006 7312.

¹¹⁴ GUYAN (Fn. 111), N 14 zu Art. 152 StPO.

¹¹⁵ HASENBÖHLER (Fn. 107), N 37 zu Art. 152 ZPO.

¹¹⁶ Vgl. vorn Rz. 71.

¹¹⁷ GL.M. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (Fn. 1), Rz. 44; THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse, in: Jusletter 14. August 2017, Rz. 20.

¹¹⁸ GLESS (Fn. 106), N 66 zu Art. 141 StPO.

die Staatsanwaltschaft verstossen kann, wird im Strafrecht zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften unterschieden. Im Grundsatz verhält es sich aber so, dass ein widerrechtlich erlangtes Beweismittel *nur ausnahmsweise* verwertet werden darf; nämlich dann, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Beweismittel hätte durch die Staatsanwaltschaft theoretisch rechtmässig erhoben werden können (sog. «hypothetischer Ersatzeingriff»).¹¹⁹ Nicht verwertbar ist ein Beweismittel auf *jeden Fall* dann, wenn es auf *gesetzmässigem Weg nicht erlangbar ist*.¹²⁰
- Die Verwertung muss für die Aufklärung *einer schweren Straftat unerlässlich* sein. Bis heute existiert allerdings keine Definition der schweren Straftat.¹²¹ Häufig wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass nur ein Delikt der «Schwerkriminalität» in Frage kommt. Darunter versteht man Straftatbestände, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe sanktioniert werden.¹²²
- Zuletzt kommt es auch im Strafrecht zu einer Interessenabwägung zwischen der Schwere der Straftat und dem Interesse des Angeklagten an einer Nichtverwertung des Beweismittels.¹²³

[Rz 89] Die Strafrechtslehre befasst sich schon seit Längerem mit der Problematik, dass die Interessenabwägung häufig einen *Scheinausgleich* suggeriert und nicht selten zu keiner befriedigenden Lösung führt.¹²⁴ Kritisiert wird v.a., dass sich die Interessenabwägung selber neutralisiert: Je schwerer die Straftat und je gewichtiger folglich das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung sind, desto schwerer wiegt eigentlich auch das Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertbarkeit.¹²⁵ Ausgerechnet demjenigen Beschuldigten, der sich bei einer Verurteilung mit einem langen Freiheitsentzug konfrontiert sieht, werden die Verteidigungsrechte beschnitten.¹²⁶

2. Grosszügige Praxis des Bundesgerichts

[Rz 90] Im bereits angesprochenen Urteil 1B_75/2017 vom 16. August 2017 musste – nachdem die Observationsergebnisse der Haftpflichtversicherung als widerrechtlich erlangt qualifiziert wurden (vgl. vorn Rz. 65 f.) – die Frage der Verwertbarkeit geprüft werden. Zweifellos hätte die Staatsanwaltschaft eine Observation grundsätzlich anordnen können, womit der hypothetische Ersatzeingriff nicht strittig ist.¹²⁷

[Rz 91] Auch die Frage, ob eine schwere Straftat im Raum steht, wurde ohne Diskussion mit dem Hinweis bejaht, dass es sich um einen «schweren Fall von mutmasslichem Versicherungsbetrug»

¹¹⁹ Vgl. GUNHILD GODENZI, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Eine Studie zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2008, 248 f., 262, 264 f.; WOHLERS: (Fn. 107), 632, m.w.H.

¹²⁰ Für das Strafrecht vgl. BGE 131 I 272 E. 4.1.1; für das Sozialversicherungsrecht Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.2; GÄCHTER/MEIER (Fn. 117), Rz. 17; GLESS (Fn. 106), N 43 zu Art. 141 StPO; WOHLERS: (Fn. 107), 632.

¹²¹ Z.B. GLESS (Fn. 106), N 72 zu Art. 141 StPO.

¹²² GLESS (Fn. 106), N 72 zu Art. 141 StPO; WOLFGANG WOHLERS, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014St, N 21a zu Art. 141 m.w.H.

¹²³ GLESS (Fn. 106), N 69 zu Art. 141 StPO.

¹²⁴ Z.B. WOHLERS (Fn. 122), N 21 zu Art. 141.

¹²⁵ GLESS (Fn. 106), N 71 zu Art. 141 StPO.

¹²⁶ GLESS (Fn. 106), N 71 zu Art. 141 StPO; MARC THOMMEN/MOJAN SAMADI, The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial?, in: European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 24/2016, 65 ff

¹²⁷ Urteil des Bundesgerichts 1B_75/2017 vom 16. August 2017 E. 4.6, zur Publikation vorgesehen.

handelt.¹²⁸ Gemäss Sachverhalt war die Deliktsumme mit CHF 500'000 zwar tatsächlich beachtlich, von der in der Lehre geforderten Schwerekriminalität, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe sanktioniert wird, war man aber noch ein gutes Stück entfernt.

[Rz 92] Letztlich musste eine Interessenabwägung vorgenommen werden, deren Begründung äusserst knapp ausfiel. Das Bundesgericht erwog lediglich, dass der Beschuldigte nur an öffentlich zugänglichen Orten observiert worden sei (u.a. Zufahrts- und Gehweg zu seiner Wohnung), was praxisgemäss in der Regel keinen schweren Grundrechtseingriff darstelle.¹²⁹ Im Ergebnis wurde das privat eingebrachte und als widerrechtlich taxierte Observationsmaterial zur Verwertung zugelassen.

[Rz 93] Nach unserer Einschätzung hat das Bundesgericht die Interessenabwägung im konkreten Fall nur sehr unvollständig vorgenommen. Es hat nur die Eingriffstiefe gewürdigt, wobei aus dem Entscheid nicht ersichtlich wird, wie nahe an der Wohnung observiert wurde; denn die unmittelbare Nähe zum Haus (Haustür, Briefkasten) zählt zum deutlich besser geschützten Bereich. Nicht in die Gewichtung der privaten Interessen eingeflossen ist auch die enorm lange Zeitspanne der wiederholten Observationen (2006 bis 2013); Die Haftpflichtversicherung hat sieben Jahre lang mit mehrfachen Observationen versucht, den Betrugsvorwurf zu untermauern. Es ist davon auszugehen, dass dies u.a. deshalb so lange gedauert hat, weil zumindest ein Teil der Observationen nicht das gewünschte Ergebnis brachten. Zum Vergleich sehen die Entwürfe für einen neuen Art. 43a ATSG vor, dass die Observation nur in einem Zeitraum von drei bis höchstens zwölf Monaten zulässig sein soll.¹³⁰ Im vorliegenden Fall lag faktisch eine unbefristete Observation vor. Alleine die Tatsache, dass gegen eine Person während sieben Jahren Beweise von privater Seite gesammelt werden, spricht unserer Meinung nach gegen einen lediglich leichten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte.

[Rz 94] Letztlich ist es auch unbefriedigend, dass sich das Bundesgericht nicht zum Verhalten der privaten Haftpflichtversicherung geäussert und dieses in die Interessenabwägung einfließen lassen hat. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass die Verwertungspraxis *keine Anreize für Selbstjustiz bei der Beweissammlung schaffen solle*.¹³¹ Mit diesem Entscheid wird jedoch genau ein solcher Anreiz geschaffen; bei einem während sieben Jahren anhaltenden Verdacht hätte der Haftpflichtversicherer auch einfach eine Anzeige erstatten und das Ermittlungsverfahren der Strafverfolgungsbehörden abwarten können.

[Rz 95] Festzuhalten ist aber gleichwohl, dass der bundesgerichtliche Entscheid in der Sache vermutlich aber richtig ist, denn das Privatrecht verbietet eine Observation im öffentlichen Bereich nicht grundsätzlich, und es wäre nach Massgabe von Art. 28 Abs. 2 ZGB zu entscheiden gewesen, ob der Deliktsvorwurf eine derart lange Observationsdauer zu rechtfertigen vermag. Ist dies der Fall, handelt es sich nicht um widerrechtlich erlangtes Observationsmaterial (vgl. vorn Rz. 68), weshalb sich die ganze Verwertungsproblematik im Strafprozess gar nicht hätte stellen dürfen. Überspitzt liesse sich zur bundesgerichtlichen Entscheidungsbegründung sagen, dass aus zwei unzutreffenden Schritten letztlich ein korrektes Ergebnis folgte. Über den Einzelfall hinaus dürf-

¹²⁸ Urteil des Bundesgerichts 1B_75/2017 vom 16. August 2017 E. 4.6, zur Publikation vorgesehen.

¹²⁹ Urteil des Bundesgerichts 1B_75/2017 vom 16. August 2017 E. 4.6, zur Publikation vorgesehen.

¹³⁰ Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 13), S. 4, Ziff. 2.2.

¹³¹ GLESS (Fn. 106), N 42 zu Art. 141 StPO; vgl. diesbezüglich auch die (Un-) zulässigkeit einer Überwachung des Arbeitsplatzes aus verschiedenen Gründen bei ALEXANDRE STAEGGER/PHILIPPE MEIER, *Surveillance vidéo sur le lieu de travail – quelques enseignements tirés de l'Arrêt du TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011*, in: Jusletter 16. April 2012.

te aber gleichwohl die Stossrichtung des Bundesgerichts weiterhin beachtlich sein; nach dieser Stossrichtung wird die Verwertbarkeit bei mutmasslichem Versicherungsbetrug ohne grosse Diskussion der im Raum stehenden Rechtsgüter und Lehrmeinungen schlicht bejaht.

D. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel im Sozialversicherungsrecht

1. Interessenabwägung: Ein Allheilmittel?

[Rz 96] Vor dem Hintergrund, dass durch den Entscheid des EGMR i.S. Vukota-Bojić alle bisherigen Observationen im Sozialversicherungsrecht mangels gesetzlicher Grundlage als widerrechtlich erscheinen, musste sich das Bundesgericht zur prozessualen Verwertbarkeit der anlässlich solcher Observationen gewonnen Erkenntnisse äussern.

[Rz 97] Das Bundesgericht hat sich im viel beachteten Urteil 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publikation vorgesehen) zur Problematik geäussert. Wie bereits in früheren sozialversicherungsrechtlichen Entscheiden zur Beweisverwertbarkeit hat es sich an den Regeln des Strafrechts (und teilweise des Privatrechts) orientiert.¹³² Im Zentrum steht demnach auch im Sozialversicherungsrecht eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Verhinderung von unrechtmässigem Leistungsbezug und dem privaten Interesse des Grundrechtsschutzes.

[Rz 98] Konkret hat es die Frage der Verwertbarkeit der widerrechtlich erlangten Observationsergebnisse unter folgenden drei Gesichtspunkten bejaht:¹³³

- Die versicherte Person wurde nur im öffentlichen Raum überwacht und nicht beeinflusst;
- die Observation wurde aufgrund ausgewiesener Zweifel eingeleitet;
- die versicherte Person war keiner systematischen oder ständigen Überwachung ausgesetzt.

[Rz 99] Seien diese drei Punkte gegeben, sei der Eingriff in die grundrechtliche Position relativ bescheiden. Dagegen überwiege das erhebliche und gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs.¹³⁴

[Rz 100] Für ein *absolutes Beweisverwertungsverbot* hat sich das Bundesgericht nur dann ausgesprochen, wenn es um Beweismaterial geht, das im nicht öffentlich frei einsehbaren Raum zusammengetragen wurde.¹³⁵

2. Ausnahme wird zur Regel erhoben!

[Rz 101] Bereits kurz nach Erscheinen dieses Urteils haben wir die Befürchtung geäussert, dass mit dieser Rechtsprechung der bislang stets postulierte «*Ausnahmecharakter*»¹³⁶ der Verwertung

¹³² Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5, zur Publikation vorgesehen; Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.2, bzgl. im Ausland erhobener Observationsbeweise; Entscheidungsbearbeitungen bei DUPONT (Fn. 43) und GÄCHTER/MEIER (Fn. 117).

¹³³ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.2, zur Publikation vorgesehen.

¹³⁴ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.2, zur Publikation vorgesehen.

¹³⁵ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.3, zur Publikation vorgesehen.

¹³⁶ Vgl. Wortlaut in Art. 141 Abs. 2 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0); BGE 137 I 218 E. 2.3.4; vgl. vorn Rz. 83, 88.

widerrechtlicher Beweise verloren geht.¹³⁷ Im Zivilrecht wird der Ausnahmecharakter über den beschriebenen Mechanismus erreicht, wonach es häufig bereits auf der Stufe der Rechtmässigkeitsprüfung zu einer Interessenabwägung kommt, welche die Verwertbarkeit stark präjudiziert. Im Strafrecht wird der Ausnahmecharakter durch die Hürde der «schweren Straftat» zumindest theoretisch hochgehalten. Dieser vom Gesetzgeber und der bisherigen Rechtsprechung getragenen Überlegung wurde nach unserer Einschätzung deutlich zu wenig Beachtung geschenkt. Es wurde absehbar, dass die privaten Interessen bzw. der Grundrechtseingriff stets bescheiden (weil der Sozialversicherer bereits aufgrund von Art. 179^{quater} StGB sowieso nur im öffentlichen Raum observieren darf) und die Interessen des Versicherungsträgers von vornherein gewichtig ausfallen werden.¹³⁸ *Vor diesem Hintergrund ist kaum ein Fall denkbar, in dem eine rechtswidrige Observation im Sozialversicherungsrecht nicht verwertbar wäre, womit auch E-Art. 43a ATSG zur unverbindlichen Verhaltensempfehlung degradiert würde.*

[Rz 102] Bereits in der kurzen Zeitspanne seit Erscheinen dieses Urteils sind diverse Folgeentscheide ergangen, welche die Befürchtung vollumfänglich bestätigen. Eine gute Zusammenfassung der bisherigen Folgerechtsprechung findet sich bei FLEISCHANDERL:¹³⁹ Egal ob die versicherte Person in ihrem eigenen Fahrzeug, beim Verlassen des Hauses, beim Schliessen des Garagentors, beim Empfangen von Besuch, beim Hinausgehen vor das eigene Haus, beim Hantieren an der Hausfassade, auf dem Balkon oder im eigenen Garten observiert wurde: der Eingriff wurde stets als nicht schwerwiegend qualifiziert!¹⁴⁰ Selbst das Ausforschen des Facebook Accounts wird ohne vertiefte Begründung nicht einmal als Verletzung der Privatsphäre betrachtet.¹⁴¹ In allen Fällen überwog geradezu schematisch das gewichtige öffentliche Interesse, unrechtmässige Leistungsbezüge zu vermeiden.

[Rz 103] In der Lehre wird diese grosszügige Auslegung grösstenteils kritisch zur Kenntnis genommen.¹⁴² Im Zentrum der Kritik steht das blosses Lippenbekenntnis des Bundesgerichts zur Interessenabwägung im Einzelfall. Eine Interessenabwägung müsste, um als Abwägung gelten zu können, ergebnisoffen sein.¹⁴³ Allerdings zeigt die bisherige Rechtsprechung über alle Rechtsgebiete hinweg eindeutig, dass Sozial- und Privatversicherer über ein «*intérêt d'une valeur absolue*» (DUPONT),¹⁴⁴ d.h. ein beinahe absolut geschütztes Interesse verfügen. Dabei spielt es für das Bundesgericht auch keine Rolle, dass in mehreren Entscheiden in Bereiche hinein observiert wurde (Garten, Garagentor, Balkon, vor dem Haus, Empfang von Besuch), die u.E. strafrechtlich geschützt sind, mithin der ausführende Privatdetektiv im Auftrag der Sozialversicherung nicht nur widerrechtlich (weil ohne gesetzliche Grundlage), sondern auch strafbar (weil gegen Art. 179^{quater} StGB verstossend) gehandelt hat. Dies alles vor dem Hintergrund, dass gegenwärtig ei-

¹³⁷ GÄCHTER/MEIER (Fn. 117), Rz. 23.

¹³⁸ GÄCHTER/MEIER (Fn. 117), Rz. 23.

¹³⁹ PETRA FLEISCHANDERL, Zulässigkeit und Verwertbarkeit einer im Invalidenversicherungsverfahren angeordneten Observation, SZS 5/2017, 542 ff.

¹⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 8C_45/2017 vom 26. Juli 2017, Urteil des Bundesgerichts 8C_735/2016 vom 27. Juli 2017, beide in: FLEISCHANDERL (Fn. 139), 545 ff.; Urteil des Bundesgerichts 8C_304/2016 vom 15. September 2017.

¹⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_192/2017 vom 25. August 2017 E. 5.4.3.2; a.M. SARAH EICHENBERGER/VOLKER PRIBNOW, Rentengrundlage Facebook-Profil?, Die Problematik sozialversicherungsrechtlicher Abklärungen im Internet, in: HAVE 3/2017, 275 ff., 277.

¹⁴² DUPONT (Fn. 43), 7 f.; PHILIPP EGLI, Überwachung von Arbeitnehmenden und Versicherten – transparente Regeln statt Ad-hoc-Observationen, in: iusNet 12. September 2017, 4; vgl. Plädoyer, 5/2017, 60.

¹⁴³ EGLI (Fn. 142), 4.

¹⁴⁴ DUPONT (Fn. 43), 8.

ne genügende gesetzliche Grundlage für Observationen im Sozialversicherungsrecht schlichtweg fehlt.

[Rz 104] Würde die Interessenabwägung korrekt, d.h. ergebnisoffen, vorgenommen, so wäre dem primär monetär begründeten Interesse des Sozialversicherers das Schutzinteresse des verletzten Rechtsgutes gegenüber zu stellen. In diesem Fall wäre das verletzte Rechtsgut einerseits die Privatsphäre der versicherten Person, andererseits *aber auch des Legalitätsprinzips als solches*. Verwertbar soll ja ein Beweismittel sein, für dessen Beschaffung in die Grundrechte der versicherten Person eingegriffen werden musste, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. *Indem man die Verwertung dieses keinesfalls rechtmässig zu erlangenden Beweismittels zulässt, stellt man das Interesse an der Verhinderung des unrechtmässigen Leistungsbezugs über nichts Geringeres als das Legalitätsprinzip.*

[Rz 105] Bedenklich an dieser Rechtsprechung ist somit nicht nur, dass die konkreten Eingriffe in die Grundrechte der Versicherten jeweils pauschal als nicht sonderlich schwerwiegend betrachtet werden, sondern dass letztlich legitimiert wird, dass der Staat – im klaren Widerspruch zu Art. 5 und Art. 36 Abs. 1 BV – ohne gesetzliche Grundlage in ein Freiheitsrecht eingreift.

[Rz 106] Nüchtern betrachtet folgt die Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Observationsergebnisse im Sozialversicherungsrecht damit keiner Interessenabwägung, sondern einer ziemlich starren Regel: *Das Interesse an der Verhinderung des unrechtmässigen Leistungsbezugs überwiegt immer!*

V. Schluss

[Rz 107] Zu einzelnen Voraussetzungen der Zulässigkeit von Observationen haben sich bereits nicht weniger als fünf verschiedene Abteilungen des Bundesgerichts geäußert.¹⁴⁵ Die Praxislinien zum vor Observationen geschützten Bereich, zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage und zur Interessenabwägung sind dabei nicht einheitlich, was zu erheblichen Abgrenzungsproblemen und Unsicherheiten führen kann.

[Rz 108] Erstaunlich einheitlich ist dagegen die Rechtsprechung zur Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel im Bereich der Observation: Die Verwertbarkeit wird, unabhängig vom Rechtsgebiet, nahezu immer mit der Begründung bejaht, dass das öffentliche oder private Interesse an der Verhinderung von Versicherungsmissbrauch den widerrechtlichen Eingriff in die Privatsphäre des Anspruchsstellers überwiegt.

[Rz 109] Angesichts dieser Ausgangslage darf man sich – etwas zugespitzt – fragen, weshalb sich der Gesetzgeber überhaupt die Mühe macht, mit einigem Aufwand eine verfassungs- und EMRK-konforme gesetzliche Grundlage für Observationen zu formulieren. Wenn schon das verfassungswidrige, gänzliche Fehlen einer solchen nicht zu einem Verwertungsverbot der gewonnenen Erkenntnisse führt, wird wohl kaum ein Verstoß gegen einen neuen Art. 43a ATSG schwer genug wiegen, um eine Verwertung zu verbieten. *Damit scheint der neue Art. 43a ATSG, noch vor seiner definitiven Verabschiedung, zu einer blossen Verhaltensempfehlung zu verkommen.*

¹⁴⁵ Die I. und II. SorA zur Frage der Zulässigkeit und Verwertbarkeit im Sozialversicherungsrecht, die strafrechtliche Abteilung zum Schutzbereich von Art. 179^{quater} StGB, zum Anwendungsbereich von Art. 282 StPO sowie zur Verwertbarkeit bei Observationen im Strafrecht, die I. zivilrechtliche Abteilung zur Zulässigkeit im Privatversicherungsrecht und die I. ÖRA zur Zulässigkeit von Observationen im Haftpflichtrecht und zur Verwertbarkeit im Strafprozess.

[Rz 110] Allerdings hat es der Gesetzgeber in den eigenen Händen, seiner Vorstellung einer rechtsstaatlich einwandfreien Observation im Sozialversicherungsrecht dauerhaft Nachachtung zu verschaffen. Er muss hierfür die gesetzliche Grundlage in E-Art 43a ATSG lediglich um *ein ausdrückliches Beweisverwertungsverbot* ergänzen, nach welchem – bei Missachtung der vorgeschriebenen Voraussetzungen und Grenzen – Observationsergebnisse nicht beweistauglich sind. Dabei kann er (jetzt noch!) selber entscheiden, welche Voraussetzungen er für absolut schützenswert hält und bei welchen Vorschriften er allenfalls eine Interessenabwägung für angezeigt hält.

[Rz 111] Als Vorbild könnte wiederum die StPO dienen. Für viele der in E-Art. 43a ATSG vorgesehenen Bereiche kennt die StPO nämlich spezielle Beweisverwertungsverbote. Wie ausführlich dargelegt, benötigt die Staatsanwaltschaft für Überwachungen im nicht-öffentlichen Bereich und für den Einsatz spezieller Abhörmittel (z.B. Richtmikrofone) oder GPS-Sender eine richterliche Genehmigung (vgl. vorne Rz. 22, 36 f., 44 und 46 f.). Wird eine solche nicht eingeholt, sind die Observationsergebnisse und alle weiteren auf diesen basierenden Beweismittel *absolut unverwertbar* (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 277 StPO). Dem Gesetzgeber waren die Wahrung der Privatsphäre der beschuldigten Person und die Verfahrensfairness somit gleich in doppelter Hinsicht wichtig: Einerseits existieren bei der Zulässigkeit hohe Hürden in Form gerichtlicher Genehmigungen. Andererseits war der Gesetzgeber in prozessualer Hinsicht konsequent und hat Verstösse zumindest teilweise mit absoluten Verwertbarkeitsverboten belegt. Nach unserer Einschätzung lässt sich kein sachlicher Grund benennen, weshalb der Schutz der Versicherten im Sozialversicherungsrecht schlechter ausgestaltet sein soll als für Personen im Strafverfolgungsverfahren. In jedem Fall wäre es wichtig, die Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismitteln gesetzlich zu regeln.

[Rz 112] Regelt der Gesetzgeber die Frage der Verwertungsverbote nicht und bleibt die Rechtsprechung dazu unverändert, könnte dies in letzter Konsequenz sogar zu einem erneuten Eingreifen des EGMR führen. Zwar wird in der Rechtsprechung stets betont, dass die Frage der Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel Sache des nationalen Rechts sei. Führt eine Analyse der schweizerischen Rechtslage allerdings zum Schluss, dass der Verwertbarkeit auf prozessualer Stufe keine greifbaren Grenzen gesetzt sind und damit widerrechtliche Observationen zur Regel werden, würde dies eine faktische Nichtumsetzung des Grundrechtsschutzes bedeuten, was nach unserer Einschätzung durchaus als EMRK-Verletzung gerügt werden könnte.

[Rz 113] Das Aufstellen gesetzlicher Leitplanken für Observationen macht letztlich überhaupt nur Sinn, wenn deren Nichtbeachtung Konsequenzen nach sich zieht. Weil aber die blosser Feststellung der Widerrechtlichkeit des Grundrechtseingriffes als Konsequenz nicht genügt, könnte sich der EGMR dereinst veranlasst sehen, den geforderten Grundrechtsschutz auch in dieser Hinsicht zu erzwingen.

Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

MLaw MICHAEL E. MEIER, wiss. Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.